١١٧) كيفية الإنذار «الإخطار»:

لم يتطلب القانون المدنى شكلاً خاصاً للأخطار، سوى اشتراط الكتابة وهذا يعنى إمكانية توجيه الأنذار مناولة أو بالخطاب العادى أو المسجل أو بالبرقية أو غيرها من الوسائل [١]

ويرى البعض من الفقهاء، [٢] جواز الأنذار شفاهة بشروط أن يكتب من وجه اليه الأنذار إقرار بالتبليغ، ويقع عبء اثباته على من يدعى الإخطار كما أنه يجوز الأتفاق فى العقد على طريقة مغينة عند توجيه الأنذار.

١١٨) آثار الإنذار «الإخطار»:

الأثر القانونى للأنذار هو انتهاء العقد حتماً بعد إنتهاء مدة الإنذار [٣] ولكن خلال فترة الأنذار يبقى العقد قائماً، فيظل تبادل الألتزامات بين الطرفين قائماً، ويستمر تنفيذ العقد دون توقف أو تغيير [٤] فعلى العامل الإنتظام فى العمل وعلى صاحب العمل تمكينه من أداء العمل، إلا أنه إعمالا لمبدأ حسن النية يتعين على صاحب العمل اذا كان الأنذار بالتسريح أن يسمح بتغيب العامل مده معقوله للبحث عن عمل آخر أو لإكمال اجراءات الالتحاق بالعمل الجديد [٥]

ويثور تساؤل عن مدى جواز العدول عن الأنذار من قبل القائم به؟

---

(١) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق ص٤٦٦ – د/ محمود جمال الدين زكى، عقد العمل ص١٠٢٤ رقم ٢٨٨ طبعة ١٩٨٢.

(٢) د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٥٣٩.

(٣) د/ اكثم الخولى، دروس فى قانون العمل السعودى، ١٨١.

(٤) د/ حسن كيرة، أصول قانون العمل ص.. Durand et vitu,Droit du travail p.862.

(٥) د/ اسماعيل غانم، قانون العمل، ص٤٧٠، د/ محمد لبيب شنب بند ٣٧١ ص٤١٥ ومابعدها .

Rivero et Savatier,Droit du travail 5e e'd paris Dalloz1975,p845- Durand et vitu.Droit du travail,p864.t.ll.paris dallaz1950elt,Brun et Galland,traite' de droit travail.t.ll,paris.siery1977.p555.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد بن عبد الله النبى الأمى ، جاء بالهدى ودين الحق ليخرج الناس من الظلمات إلى النور .. وبعد،،

فإنه بتوفيق الله أخترت موضوع المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن فى القانون المدنى دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى لأن الفقه الإسلامى هو النظام الشامل لجميع شئون الحياة ، لأنه المنزل من الشارع سبحانه وتعالى حيث ينظم علاقة الإنسان مع ربه ، ومع نفسه ، ومع غيره من الناس ، كما أنه الشامل الجامع لكل أحكام المعاملات بما فيها المقاولات بصفه عامة ، وقد أخترت موضوع المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن، لأن هذا الموضوع جذب الانتباه فى السنوات الأخيرة ، وخاصه أمام القضاء وذلك بسبب أزمة الأسكان الحالية ومحاولة البعض استغلالها من خلال أرتكاب أعمال الغش فى البناء جريا وراء الكسب السريع والحرام الأمر الذى انعكس بالسلب على إقامة المبانى والتى أصبحت ظاهرة ملفته للنظر ، وليس أدل على ذلك ماحدث للمبانى من انهيارات سريعة بسبب أحداث الزلزال فى اكتوبر عام ١٩٩٢م الذى ألم بوطننا العزيز ، وما أعقبه من آثار أضرت بالمبانى بسبب أرتكاب أعمال الغش فى بنائها ، ولما كانت أعمال البناء تتم فى جل الأحوال بواسطة مقاول البناء من الباطن، وليس بمعرفة المقاول الأصلى ، وأمام القصور التشريعى لتحديد مسئولية مقاول

البناء من الباطن حيث لم يتناولها المشرع بالتنظيم الخاص والبيان كتناوله لمسئولية مقاولى البناء الأصلى والمهندس المعمارى بصفه خاصه ، الأمر الذى أخضعها للأحكام العامة للمسئولية بالرغم من أن مسئولية مقاولى البناء من الباطن هى الأولى بتلك الأحكام الخاصة لخطورة الأعمال التى يقوم بها وأنه المنفذ الفعلى لكل عمليات البناء ، وأمام هذا القصور التشريعى ، كانت الحاجة إلى بحث المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن، كما أننى لم اجد فى المكتبة القانونية والفقهية بالرغم من الجهد الذى بذلته بحثا مستقلا فى هذا الموضوع مؤصلا تأصيلا شرعيا ومقارنا بالقانون المدنى ، فكل ماكتب كان متعلقا بمسئولية المقاول والمهندس المعمارى ، ولذا وجدت الحاجة إلى تناول مسئولية مقاول البناء من الباطن بالدراسة المقارنة بالفقه الإسلامى وذلك بصفة خاصه على أعتبار أن مقاولات البناء هى الأكثر انتشارا وتأثيرا فى المجتمع من بين انواع المقاولات الأخرى (مقاولات النقل، التوريد ، والتزام المرافق العامة ، وعقود الاشغال العادية ، وعقد النشر ، وعقد الاعلان ، وعقود المهن الحرة ... الخ) وذلك من خلال بيان أحكامها ، ووضع بعض النتائج والمقترحات الخاصة لتكون أمام مشرعنا لعلنا فى حاجة ملحة الى وضع أحكام خاصة لبيان مسئولية مقاول البناء من الباطن وخاصه أنه العنصر الاساسى فى اقامة البناء فجل عمليات البناء كما ذكرت سابقا فى وقتنا الحاضر تتم بمعرفته ، وخاصه مع تطور أساليب الفن المعمارى والتى أصبحت تمكن من انجاز المبانى الضخمة فى وقت قصير ، وبخاصه بعد دخول الآلات وظهور المبانى سابقة التجهيز، الأمر الذى يغرى مقاول البناء من الباطن فى ظل عدم وجود مسئولية خاصة بهم

لمعالجة الأخطاء التى تقع منهم ، بأن يرتكبوا العديد من حالات الغش أو الأهمال فى اقامة البناء الأمر الذى ينعكس أثره بالضرر على مستعملى البناء .

ولقد تناولت فى البحث بيان مسئولية مقاول البناء من الباطن بالمقارنة مع القوانين الأخرى واحكام الفقه الإسلامى كلما أمكن ذلك للمساهمة فى بحث أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المعاصرة وبالأخص بيان موقفها من مسئولية مقاول البناء من الباطن ، وذلك لتأصيل هذه المسئولية فى ضوء الكتاب والسنة والأجماع ، وخاصه أنّ عقد مقاولة البناء من الباطن من العقود غير المسماه فى الفقه الإسلامي.

كما كان دافعى أيضا الى بحث مسئولية مقاول البناء من الباطن ، هو ذلك التوسع الهائل فى أعمال مقاول البناء من الباطن فى العصر الحالى وارتباطه بالاقتصاد الوطنى ، وخاصه أن مقاولات البناء الآن أصبحت من أهم مجالات استثمار أموال البنوك التجارية والإسلامية والتى تمثل عنصرا هاما فى تكوين الأقتصاد الوطنى ، ولذا فإن عدم وجود أحكام خاصة لبيان مسئولية مقاول البناء من الباطن قد انعكس بالضرر على إقتصاديات هذه البنوك، وخاصه فى ظل حالات الغش التى قد يرتكبها مقاول البناء من الباطن وهو المنفذ الفعلى للبناء الذى يقام لمصلحة هذه البنوك الأمر الذى يضر بالنهاية بالأقتصاد الوطني.

ولقد أعتمدت فى هذا البحث على الأسلوب التأصيلى والتحليلى لبيان أحكام مسئولية مقاول البناء من الباطن ، وفى كثير من الأحكام أعتمد على

الأسلوب الأستنباطى نظرا لعدم وجود أحكام خاصه بتلك المسئولية كمسئولية المقاول والمهندس المعمارى، وإنما أخضعها المشرع الى الأحكام العامة.

ولقد تقدمت باقتراح فى هذا البحث بضرورة تطبيق أحكام المسئولية العشرية على مقاول البناء من الباطن بالتضامن مع مقاول البناء الأصلى حيث قدمت الأدلة التى تبرر ذلك[1]، وذلك فى محاولة منا لعلاج القصور التشريعى لمسئولية مقاول البناء من الباطن .

كما كان منهجى فى الفقه الإسلامى هو مقارنة أحكام الفقه فى مسائل البحث بالقانون وعزوت الآيات الواردة فى البحث الى سورها ، وتخريج الأحاديث النبوية .

وقد قسمت الدراسة فى هذا البحث الى:

فصل تمهيدى: تناولت فيه حقيقة البناء فى القانون والفقه وثلاثة أبواب:

الأول: حقيقة عقد مقاولة البناء من الباطن حيث أشتمل على فصلين :

الثانى: تعريف وخصائص وشروط عقد مقاولة البناء من الباطن فى القانون والفقه.

الثالث: مشروعيته ، وأساس عقد مقاولة البناء من الباطن فى القانون والفقه.

---

(١) انظر فى هذا البحث ص ١٦٥ ومابعدها بند ١١٩ ومابعده.

أما الباب الثانى : تناولت فيه مسئولية مقاول البناء من الباطن :تجاه مقاول البناء الأصلى واشتمل على ثلاثه فصول:

الأول: نطاق المسئولية من حيث الأعمال.

الثانى: نطاق المسئولية من حيث الضرر.

الثالث: حدود التعويض القضائى المستحق لمقاول البناء الأصلى تجاه مقاول البناء من الباطن.

أما الباب الثالث : مسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل (صاحب البناء الأصلى)، واشتمل على ثلاثه فصول:

الأول: اقتراح بتطبيق المسئولية الخاصة (العشرية) للمعماريين على مقاول البناء من الباطن ،

الثانى: نطاق مسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه صاحب البناء الأصلى (رب العمل الأصلي) ،

الثالث: الضمانات المقررة لمقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل الأصلى ، وخاتمة تناولت فيها النتائج المستخلصة من البحث .

والله ولي التوفيق

الفصل التمهيدي

ماهيه مقاولة البناء فى القانون والفقه

١ - نتناول بيان ماهية مقاولة البناء فى هذا الفصل فى القانون والفقه وذلك فى مبحثين على الوجه الآتى:

المبحث الاول

ماهيه مقاولة البناء فى القانون

٢ - نتناول فى هذا المبحث تعريف المقاولة ثم بيان مفهوم مقاولة البناء، وطبيعتها على الوجه الآتى:

أولا : تعريف المقاولة :

٣ - المقاولة لغة : تعنى التفاوض [١] : أى اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدود فى مدة معينة، والمقاول : من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروطه الخاصة، كبناء بيت أو إصلاح طريق ، وتوضيح التفصيلات له يكون فى العقد الذى يوقعه المتعاقدان [٢] .

٤ - اما المقاولة اصطلاحا : " هى " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"(م ٦٤٦ مدنى مصرى).

---

(١) انظر مختار الصحاح ، محمد ابى بكر الرازى ص ٤٨٩ مكتبه لبنان بيروت ١٩٨٩ م.

(٢) المعجم الوسيط ، ابراهيم مصطفى احمد حسن الزيات ، وآخرين ، إحياء التراث العربى ، مجمع اللغة العربية ، المكتبه العلميه طهران ج ٢ ، ص ٧٧٣ .

ولكن يؤخذ على نص المادة ٦٤٦ مدنى مصرى فى تعريفها للمقاولة أنه زاد على التعريف بقوله (أو أن يؤدى عملا) لأنه من المعلوم أن المقاول إذا صنع شيئا فإنه يدخل فى صنعه العمل سواء كان بصورة إجارة، كأن يقدم رب العمل الماده ويقوم المقاول بالتصنيع مقابل أجر معين، أو أن يكون بصورة استصناع كأن يقدم المقاول الماده ويقوم بتصنيعها مقابل بدل معين، وفى كلتا الصورتين يدخل فى التصنيع العمل .

كما عرف الفقه المقاوله بأنها " عقد يقصد به أن يقوم الشخص بعمل معين لحساب شخص آخر فى مقابل أجر، دون أن يخضع لاشرافه وادارته(١).

٥ - العلاقه بين التعريف اللغوى والتعريف الإصطلاحى : ان العلاقه بين التعريفين هى: التفاوض الذى يتم بين المقاول ورب العمل، من حيث بيان نوع المقاوله وجنسها وقدرها، وصفته، وتحديد كل من الثمن والمثمن تحديدا نافيا للجهالة المفضيه الى النزاع، ثم مايترتب على هذا التفاوض من تعهد الطرفين بأداء كل منهما ما يجب عليه تجاه الطرف الآخر(٢).

ثانيا : مفهوم مقاولة البناء وطبيعتها :

٦ - لاشك ان المقاولات تندرج تحت عقد المقاولة عموما، فهناك مقاولة البناء والمنشآت، والنقل التويد، وعقد النشر، والاشغال العامه، التزام المرافق العام .. الخ.

---

(١) د/ محمد لبيب شنب ، شرح احكام المقاولة ص ١١ طبعه ١٩٦٢ م دار النهضه العربيه .

(٢) انظر د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ١١ .

ولكن ستنتاول بيان مفهوم عقد مقاولة البناء ، والمنشآت الثابته ، لأنه محل بحثنا وذلك لغة واصطلاحا :

فمقاولة البناء، لغة : تعنى بنيان الحائط [١] .

أما عقد مقاولة البناء فَعُرِفَ اصطلاحا [٢] بأنه " عقد يتعهد بموجبه مقاول أو مهندس معمارى، بأن يبنى لآخر، بناء، أو منشآت ثابتة أخرى لقاء أجر " [٣] .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى يتضمن نصا فى المادة ٨٦٥ يعرف بمقتضاه عقد مقاولة البناء بأنه"يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيره، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة. ويقصد بالمقاولات الكبيره مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابته أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض" [٤] .

ومما سبق نجد أن عقد مقاوله البناء يكون محله تشييد المبانى والمنشآت الثابته الاخرى كالجسور، والسدود الخزانات ... الخ .

---

(١) مختار الصحاح - الرازى - ص ٥٧ .

(٢) لم يفرد الفقه القانونى تعريفا لعقد مقاوله البناء، ولعل ذلك يرجع سببه الى أن القانون عندما وضع القواعد العامه للمقاولة ، نظر فيها بصفه خاصه الى مقاوله البناء ، ورتبوا عليها أحكام المقاولة ، ولهذا فهم كثيرا ما يضربون الامثلة عن مقاولة البناء ، أما الانواع الأخرى من المقاولات، فقد أفردوا لها أبوابا أخرى تحت عنوان " بعض انواع المقاولات - أو أنواع أخرى من المقاولا ت ، انظر فى معنى ذلك د/ السنهورى ، الوسيط ، ج ٧ ص ٣٢ .

(٣) انظر : محمد عبد الرحيم عنبر ، عقد المقاولة ، ص ٥٤ طبعه ١٩٧٧ م .

(٤) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج٥ ص ١٠/٩ وقد اقترح الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى حذفها وذلك عند تلاوة المادة فى لجنة المراجعة لأنها مجرد تعداد فوافقت اللجنة على ذلك.

طبيعة الاعمال فى مقاوله البناء :

٧ - **بعد** أن وضحنا تعريف عقد مقاولة البناء يجب أن نوضح طبيعة الأعمال التى تقوم عليها هذه المقاولة، وعلى أى شىء يتم تعهد كل من المقاول، ورب العمل تجاه بعضهما .

- فى معرض بيان طبيعية الأعمال التى ترد عليها مقاولة البناء قال الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى (فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل .. وقد يكون العمل متصلا بشيء معين وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمواد من عنده أو من رب العمل . فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل ، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل، وإما أن يكون الشىء موجودا وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلا أو يهدمه) (١) .

ومما سبق يتضح لنا أن طبيعة الأعمال فى مقاولة البناء بصفة عامه تشتمل على عده صور :

الاولى : ان المقاول يقوم بتقديم الماده والعمل معا .

الثانيه : المقاول يقوم بتصينع الشيء والمادة من عدن رب العمل

الثالثه : المقاول يقوم بالعمل على شيء موجود وقت العقد كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلا أو يهدمه ، ولا تخرج هذه الصورة عن إحدى الصورتين السابقتين .

---

(١) انظر د/ السنهورى ، الوسيط ، ج ٧ ص ٣١ مجلد اول ط ١٩٨٩ م .

الرابعه : المقاول يقوم بمجرد العمل دون القيام بأى تصنيع أو تعديل وذلك كعقد النقل والمحاسبه والنشر .. الخ وهذه الصورة لاتدخل معنا فى هذا البحث .

- هذا وقد أوضح القانون المدنى العراقى طبيعة العمل فى عقد مقاولة البناء فى نص المادة ٨٦٥ فيه حيث نصت على انه :

"١ - يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل الماده التى يستخدمها المقاول، أو يستعين بها فى القيام بعمله، ويكون المقاول أجيرا مشتركا .

٢ - كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا ويكون العقد استصناعا. " وواضح أن القانون المدنى العراقى قد تأثر بالفقه الإسلامى حيث استعمل لفظ الأجير المشترك ، وأطلق على العقد مسمى " عقد المقاولة والاستصناع ، وتعرضت بعض القوانين العربيه لبيان طبيعه عمل مقاول البناء بوصفها للعقد بأنه " الاجارة على الصنع " (م ٨٢٨ من جمله الالتزامات والعقود التونسي، ووضحه البعض الآخر بأنه " إجاره الصناعة " (م٦٢٤ من القانون اللبنانى).

المبحث الثاني

ماهيه عقد مقاولة البناء فى الفقه الاسلامي

٨ - إن عقد مقاولة البناء لم يكن معروفا لدى الفقه الاسلامى كعقد منفصل تحت هذا المسمى، ولكن الفقه عالجة تحت عقود أخرى مسماة فى الفقة ،لأن عقد مقاولة البناء يجمع بين عده عقود فى الفقه الاسلامى منها عقدى الاجارة والاستصناع (عند الحنفية) أو السلَم (عند الجمهور) بالإضافة الى أن هناك عقدا آخر فى الفقه قد تكون بعض صوره داخله تحت عقد مقاوله البناء وهو عقدالجعاله .

٩ - وقد اتفق الفقه على جواز عقد الإجارة على العمل ومنه البناء [(١)]، ولكن وقع الخلاف فى مدى جواز وقوع مقاولة البناء فى عقد الاستصناع [(٢)]

(١) المغنى والشرح الكبير ، ابن قدامه ج ٦ ص ١٠٥ / ١٠٦ ، البدائع ، للكاسانى ، ج ٤ ص ١٤٧ طبعه ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م .

(٢) عقد الاستصناع : هو عقد على مبيع فى الذمة شرط فيه العمل .. ، انظر البدائع للكاسانى ج ٥ ص ٢ طبعه ١٩١٠ م وجاء فى القانون المحيط فى تعريف الاستصناع لغة تحت مادة صنع الشيء صنعا بالفتح والقم ، عمله ، والمصانع القرى ، والمبانى من القصور والحصون . انظر القاموس فى المحيط ، الفيروز آبادى : ٩٥٥ .

أما الاستصناع اصطلاحا : لم يعرف عقد الاستصناع سوى الأحناف : وقد اعتمدوا فى تعريفه على أوصافه أى التعريف بالرسم حيث قال ابن الهمام " الاستصناع طلب الصنعه ، وهو ان يقول الصانع خف أو مكعب أو أوانى الصفر أصنع لى خفا طوله كذا ، وسعته كذا ، أو دستا - أى برقه - تسع كذا ، ووزنها كذا ، على هيئة كذا بكذا ، ويعطى الثمن أولا يعطى شيئا فيعقد الآخر معه ، جاز استحسانا تبعا للعين " انظر شرح فتح القدير ، ابن الهمام ، ج٥ ص ٣٥٥ مطبعه مصطفى محمد ، المكتبة التجارية - مصر، وانظر فى تعريفه شرح مجلة الأحكام العدلية ، محمد خالد الأتاسى : ٢ / ٤٠٠ مطبعه حمص سنه ١٣٥٠ هـ حيث عرفته بأنه " اذا قال لواحد من أهل الصنائع أصنع لى الشيء الفلانى بكذا قرشا ، وقبل الصانع ذلك ، العقد البيع استحسانا وخلاصه القول هو " عقد بيع فى الذمه شرط فيه العمل بثمن معلوم " .

وعقد الجعالة [١] عند الفقهاء وذلك من حيث الجواز أو من حيث التكييف.

أولا : بالنسبة لعقد الاستصناع :

١٠- نجد من خلال أقوال جمهور الفقهاء[٢] أنهم لم يجعلوا عقد الاستصناع عقدا مستقلا عن عقد السَلَم وإنما جعلوه ضمن عقد السلم وأجازوه بشروط السَلَم حيث استندوا فى ذلك إلى:

أ - أن الاستصناع من غير السلم هو بيع الانسان ماليس عنده ولقد نهى النبى ﴿ ﷺ ﴾ عن بيع ماليس عندالانسان ، ورخص فى السلم فى قوله ﴿ ﷺ ﴾ " لا تبع ماليس عندك " [٣] وقوله ﴿ ﷺ ﴾ من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ".

---

(١) الجعالة بالضم لغه : ماجعل له على عمله (القاموس المحيط ، الفيروز آبادى : ١٢٦٣ - واصطلاحا : الاجارة على منفعه مظنون حصولها " انظر بدايه المجتهد ، لابن رشد ج ٢ ص ٢٣٥ ، الطبعة السادسه ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢ م دار المعرفه بيروت - لبنان .

(٢) انظر عقد الاستصناع ، شرح فتح القدير ، ابن الهمام ج٥ ص٣٥٥ وما بعدها- البدائع، للكاسانى ج ٥ ص ٣ المدونه الكبرى للامام مالك ج ٤ ص ١٨ ، ١٩ - الام للامام الشافعى ج ٣ ص١٣١ ط ٢ سنه ١٩٧٣ دار المعرفه بيروت لبنان - روضه الطالبين ، للنووى ج ٤ ص ٢٧ وما بعدها ، المكتب الاسلامى ، بيروت - لبنان - المغنى لابن قدامه ج ٤ ص ٣٠٢ وما بعدها المكتبه السلفيه المدينه المنوره - انظر المبدع شرح المقنع ، ابن مفلح ج ٤ ص ١٧٩ وما بعدها ، المكتب الاسلامى - بيروت لبنان .

(٣) اخرجه ابو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه ، واحمد وصححه الالبانى راجع الارواء (١٢٩٢) .

ب - إن بيع الاستصناع دون تقديم الثمن هو بيع دين بدين، وهذا لا يجوز، فقد نهى النبى ﴿ ﷺ ﴾ " عن بيع الكالئ بالكالئ " [١].

جـ - إن بيع الاستصناع من غير وجه السلم يحصل فيه الغرر المنهى عنه . لأن الصفه لاتنضبط فيها وأعتبر الجمهور خلط جنسين فأكثر من الأجناس التى لا تنضبط بعكس المالكيه[٢] فقد اطلقوا الجواز فى السلم ، فيها يجمع اجناسا مختلفه.

ثانيا : أما بالنسبة لعقد الجعاله :

فقد أختلفوافى مشروعيتها على مذهبين :

الأول : جمهور الفقهاء (المالكية والشافعيه ، والحنابله) [٣] حيث حيث ذهبوا إلى جواز عقد الجعاله .

والثانى : ذهب فيه فقهاء الحنفيه [٤] إلى المنع من الأخذ بالجعاله ، فلم يجوزوها لما فيها من الغرر فى العمل والمدة قياسا على سائر الإجارات، وأجازوا دفع الجعل لمن يرد الضاله فقط. ولو بلاشرط استحسانا.

---

(١) أخرجة الدارقطنى ، الحاكم ، البيهقى ، وضعفه الألبانى . راجع الإرواء (١٣٨٢)

(٢) انظر المدونه الكبرى للامام مالك ج ٤ ص١٨ / ١٩ .

(٣) انظر فى عرض مشروعية الجعالة وأدلة المشروعية : بداية المجتهد ، لابن رشد ج ٢ ص ٢٣٥ وما بعدها - المغنى والشرح الكبير لابن قدامه ج ٦ ص ٣٥٠ ومابعدها - الروض المربع ، البهوتى ص ٣٤٦ .

(٤) انظر البدائع ، للكاسانى ج٦ ص ٢٠٣ - الدر المختار ، ج ٣ ص ٣٤٣ .

ولكن الراجح لدى الفقه أن عقد مقاولة البناء والمنشآت الثابته الأخرى يشتمل على عقدين مسميين هما عقد الاستصناع، وعقد استئجار الأجير المشترك (١) .

(١) انظر د/ وهبه الزحيلى ، الفقه الاسلامى وأدلته ، العقود المسماه ص ٢٧٥ - دار الفكر طبعه ٣ ص ١٩٨٩ م دمشق حيث قال (واصبح مفهوم عقد المقاولة شاملا ، بصورة تستتبع الأخذ بهذا الاصطلاح الجديد ، تقريرا للواقع وتمشيا مع العرف فيما لايناقض آية قرآنية أو سنة نبوية ، مع إخضاع هذا العقد للأحكام الخاصة بالاستصناع ،والأجير المشترك على " أساس مماثلتها بما استجد من الحوادث " ، انظر فى نفس المعنى بحث لعلى عبد أبو البصل ، مجله هدى الاسلام ، وزارة الاوقاف ، الاردن ،العدد السادس ، المجلد ٣٢ ص ١٤٠٨ هـ ص ٢١ .

الباب الأول

حقيقة عقد مقاولة البناء من الباطن

١١ - نتناول فى هذا الباب بيان حقيقه عقد المقاوله من الباطن وذلك من خلال تعريفه وخصائصه وشروطه ومشروعيه عقد المقاوله البناء من الباطن وذلك فى فصلين نوضح فى الأول : تعريف وخصائص وشروط عقد مقاوله البناء من الباطن والثانى : تناول فيه مشروعيه عقد المقاوله البناء من الباطن وذلك على الوجه الآتى :

الفصل الأول

تعريف وخصائص وشروط عقد المقاوله البناء من الباطن

١٢ - يشتمل هذا الفصل على بيان تعريف عقد المقاوله البناء من الباطن وخصائصه وشروطه ثم آخيرا توضيح مدى مشروعية عند مقاوله البناء من الباطن وذلك فى مباحث على الوجه الآتى :

المبحث الأول

تعريف عقد المقاوله البناء من الباطن

(Sous - Entreprise)

١٢ – تعريف [(١)] عقد مقاولة البناء من الباطن : هو عقد يتفق فيه مقاول البناء الأصلي (entrepreneur principale ou gènètal) مع مقاول البناء من الباطن (sous-troitant au sous entrepreneur) على تنفيذ كل أو جزء من البناء الذى التزم بإنشائه مع رب العمل .

والتعريف السابق يوضح لنا أن مقاوله البناء من الباطن ليست تنازلا عن المقاوله من مقاول البناء الاصلى لمقاول البناء من الباطن وإنما يوجد فرق بين مقاوله البناء من الباطن والتنازل عنها .

١٤ – من التعريف السابق نجد أن مقاوله البناء من الباطن تختلف عن التنازل عن المقاوله حيث يتحقق التنازل عن المقاوله بقيام المتنازل (مقاول البناء الأصلى) بالتنازل للغير (المقاول الثانى) عن جميع عقد مقاوله البناء بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات فيحل مقاول البناء الثانى (المتنازل له) محل مقاول البناء الاصلى (المتنازل) فى عقد مقاوله البناء[(٢)].

---

(١) انظر د/ عبدالرازق يس المسئوليه الخاصه بالمهندس المعمارى ومقاول البناء رساله دكتوراه ط ١٩٨٧ – د/ السنهورى ، الوسيط ج ٧ مجلد اول ط ١٩٨٩ ص ٦٠ وما بعدها .

(٢) انظر د/ السنهورى ، مرجع سابق ، ص ٦١ بند ١١٧ .

(1) Charles Vilar : le Cession de contrat endroit Francaise These notepellier 30 mars 1908 Page 209 .

- وهذا التنازل قد يكون بمقابل يدفعه المتنازل له للمتنازل فيكون بيعا او بالعكس يدفعه المتنازل للمتنازل له اذا كان الأول يتوقع الخساره لو انه قام بتنفيذ مقاوله البناء بنفسه فتنازل عن المقاوله لآخر ويدفع له مبلغا يحدد به خسارته (١).

- كما يجوز أن يكون التنازل بدون مقابل أى هبه مع ضرورة توافر نيه التبرع وقد قضت محكمه النقض الفرنسية بأن التنازل عن عقد الايجار cession de bail لايشبه بالبيع ولا يتضمن بالضروره اشتراط الثمن (٢)..

- والتنازل عن عقد مقاوله البناء قد يكون تنازلا كليا وذلك فى حالة ماإذا لم يكن العقد قابلا للانقسام طبقا لأحكام التقنين المدنى المصرى بأن ترجع عدم القابليه للانقسام إلى طبيعة الشيء أو العمل الذى يرد على العقد أو اذا تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقدان (مقاول البناء الاصلى ورب العمل) ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما حتى ولو كان بطبيعته قابلا للانقسام أو اذا انصرفت نيه المتعاقدين الى اعتبار الالتزام غير قابل للانقسام .

- ويجوز ان يكون التنازل عن العقد ضمن تنازل أوسع مثل حاله بيع المتجر أو المصنع فعقد البيع هنا يشمل التنازل عن عقد الايجار اذا كان المتجر أو المصنع منشأ فى عقار مستأجر وليس مملوكا لصاحب المتجر أو

---

(١) انظر فى هذا المعنى بوردى وفال فى الايجار ج ٢ فقره ٤٠٦٩ الطبعه الثالثه باريس ١٩٠٧ .

(٢) نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنه ١٩٥٤ مشار اليه فى التقنين المدنى الفرنسى تعليقا على المادة ١٧١٧ رقم ٧.

المصنع (م ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنه ١٩٨١ م).

– ونشير إلى أن المحال عليه اذا قبل التنازل يجب أن يقبله دون تعديل ولذلك فهو إذعان ، وهذا القبول لا يجعله طرفا فى عقد التنازل إلا أنه من ناحية اخرى يجب الا يتضمن التنازل أى تعديل فى شروط العقد الأصلى سواء كانت شروطا أساسية أو ثانويه ، بل يجب فى اعتقادنا أن يتبع عقد التنازل العقد الاصلى فى الشكل فيجب أن يكون رسميا اذا كان العقد الاصلى رسميا ، وذلك لأن قبول المتنازل له عنصر من العناصر الاساسية المكونه للعقد فى وصفه الجديد يكون كمن يتعاقد لحساب نفسه فى العقد الاصلى .

– وفى حالة التنازل يتم تطبيق احكام حواله الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الأصلى إلى المقاول الثانى ، وكذا حواله الدين فيما يتعلق بنقل التزامات المقاول الأصلى ، حيث يتم التنازل عن المقاوله باتفاق المقاول الأصلى مع المقاول الثانى المتنازل له ، ويجب أن يوافق رب العمل على ذلك حتى يصبح التنازل ساريا فى حقه ، لأن الاعلان وحده لا يكفى الا فى نقل حقوق المقاول قبله ، أما فى نقل التزامات المقاول الأصلى نحو رب العمل فيجب أن يقرر رب العمل ذلك وفقا لقواعد حواله [١] الدين (م ٣١٦ مدنى). وبالتالى يصبح المتنازل له هو المقاول الثانى وهو المسئول تجاه رب العمل، وتنقطع صله المقاول الاول برب العمل .

---

(١) السنهورى ، الوسيط ج ٧ ص ٢٦١ بند ١١٧ .

على عكس الحال فى مقاوله البناء من الباطن ، حيث يظل ، مقاول البناء الاصلى مسئولا عن أخطاء المقاول البناء من الباطن، وضامنا له تجاه رب العمل [١] .

١٥ - وهناك صور أخرى للتنازل بصفة عامه فقد يتنازل المقاول عن أجره لشخص ثالثا بواسطه حوالة الحق حيث تنطبق بشأنه أحكام حواله الحق ويكفى لنفاذها اعلان رب العمل بالحواله (م ٣٠٥ مدنى)، وقد يلجأ المقاول إلى حوالة الأجر اذا ما احتاج إلى مال لتمويل عملية المقاوله وهنا يكون النزول عن الاجر بمثابة رهن مقابل الحصول على المال اللازم من أحد المصارف أو من أحد المحولين، وفى هذه الحاله يكون المحال له هو الدائن بالأجر فى مكان المقاول ، وبالتالى يحق لرب العمل أن يتمسك قبل المحال له بجميع الدفوع التى كان يحق له أن يتمسك بها فى مواجهه المتنازل، كما يجور التمسك بالدفوع المستمده من الحواله طبقا للقواعد العامه (م ٣١٢)[٢] .

١٦ - كما توجد صور أخرى للتنازل وهى التى يتنازل فيها رب العمل نفسه عن عقد المقاوله وتتحقق هذه الصورة فى حالة بيعه مثلا الأرض التى قاول على إقامة البناء فيها ويتنازل فى الوقت نفسه لمشترى الارض عن عقد

---

(١) NEGER (R): Dela granatie decennale imposee par la loi oux architectes et entrepreneurs no. 14 p.32 These Nonthpellier, 1936.

(٢) انظر السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ص ٢٦١ ، بند ١١٧

المقاوله وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات [١] .

١٧ - هذا ولا يوجد تنظيم خاص مستقل للتنازل عن العقد فى كل القانون المصرى والفرنسى ، كما لا يوجد فى الفقه الفرنسى أو المصرى من يعترض على مبدأ التنازل عن العقد ويمكن ان يستمد التنازل عن العقد مشروعيته من الأسانيد الآتية :

أ ـ ان القانون المدنى المصرى نظم حوالة الحق وحوالة الدين وهى تحقق التنازل فى العقد الملزم لجانب واحد .

ب - ان التنازل عن العقد يستند الى مبدأ حرية التعاقد وإلى النظرية العامه للعقد فالعقود ليست محصورة فى العقود المسماه ، فهو يدخل فى عداد العقود غير المسماه .

جـ - ويمكن أن نستشف من روح التشريع عدم معارضته لمبدأ التنازل وذلك من خلال اقرار القانون المدنى المصرى انتقال العقد ككل إلى الخلف العام أو الخاص فى حدود احكام المواد ١٤٥ ، ١٤٦ مدنى ، فهذا الأنتقال هو انتقال بحكم القانون وليس تصرفا قانونيا ،كما أن ورود ذكر التنازل عن العقد ككل فى عقد الايجار (م ٥٩٣ مدنى مصرى) يدل على عدم معارضة المشرع لمبدأ التنازل.

---

(١) أنظر بودري وفال ، في الإيجار ، ج٢ فقره ٤٠٧٣-٤٠٧٤ .

المبحث الثاني
خصائص عقد مقاولة البناء من الباطن

١٨ – يمكن لنا أن نستخلص من تعريف عقد مقاوله البناء من الباطن في المبحث السابق الخصائص التى تميز عقد مقاول البناء من الباطن حيث نجد أنه يتميز بالخصائص الآتية :

(أ) الرضائية :

١٩ – فعقد مقاولة البناء من الباطن عقد رضائى، أى يكفى التراضى لانعقاده فلم يشترط المشرع فى العقد شكلا معينا [١] والكتابه بالنسبه لهذا العقد إنما هى لإثباته متى كانت ضرورية لهذا الاثبات [٢]

– هذا ومن منطلق خاصية الرضائية فى عقد مقاول البناء من الباطن فإنه ينطبق عليه قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " وبالتالى فإذا ابرم العقد مثلا بأجر أجمالى فليس لمقاول البناء من الباطن أن يطالب بأية زيادة فى الأجر، وكذلك لو حدث فى التصميم المتفق عليه تعديل او إضافه مالم يكن هناك اتفاق كتابى على غير ذلك [٣]، وهذا الأمر يبرز خاصية الرضائية فى عقد مقاول البناء من الباطن.

---

(١) بيير Peerer، المسئولية العشريه للمهندسين المعماريين والمقاولين ط٢ ١٩٦٩ ص ٢٩ – نقص مدنى فرنسى فى ٢٣ / ١٠ / ١٩٤٥ ، جازيت دى باليه : ١٩٤٥ – ٢ ص ١٨٧ .

(٢) انظر د/ السنهورى ، مرجع سابق ، ص ٢٦٠ بند ١١٧ هامش (١) انظر فى هذه الصورة بودرى وفال ، مرجع سابق ، ج ٢ فقرة ٤٠٧٣ طبعه ٣ باريس ١٩٠٧ .

(٣) نقض مدنى فى القضية رقم ١٤٣ السنه ٣٧ ق جلسه ١٩٧٢/٣/٩ ، مجموعة احكام النقض س ٢٣ قاعدة ٥٩ ص ٣٧٦ .

(ب) عقد تبعى لعقد مقاوله البناء الاصلى :

٢٠ - فإن عقد مقاول البناء من الباطن يعتبر تابعا لعقد المقاول الاصلى بمعنى أنه يرد من حيث محله على عمل مادى - كعقد المقاوله الاصلى - وهو هنا اقامه بناء أو منشأة ثابته أو صنع شيء أو أداء عمل وهذا هو الأمر الغالب فى عقد مقاول البناء من الباطن ، ولا يتعارض ذلك مع ماقد يؤديه مقاول البناء من الباطن من أعمال ذهنية لازمه لأداء عمله كاجراء الحسابات التى يقتضيها ابرام العملية أو تنفيذها ، وكذلك فقد يتضمن أداء كل منهما تصرفا قانونيا كنقل ملكيه المواد أو الأشياء التى يوردها - واللازمه لتنفيذ العمل - إلى رب العمل . فهذه الأعمال بالرغم من بروز الجانب الذهنى فيها تعتبر أعمالا ماديه وذلك بالتبعيه للآداء الرئيسى فى عقد المقاوله من الباطن، وهو ماتكون فى الغالب الأعم عملا ماديا وقياسا على ما ينطبق على المقاول الأصلى أو المهندس المعمارى من أحكام فى هذا الشأن حيث تعتبر الأعمال التى يقوم بها المهندس المعمارى أو المقاول الاصلى من وضع التصميم أو اجراء المقايسات اللازمة للمشروع تعتبر اعمالا ماديه وهذا ما ذهبت اليه محكمه النقض المصريه (١).

---

(١) قضت محكمه النقض فى القضية رقم ٢٢٣ لسنه ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦ س ١٨ مجموعة أحكام النقض قاعده ١٥٠ ص ١٠٠٥ وما بعدها بأنه " أن ايراد المشرع للقواعد المتعلقه بالمهندس المعمارى ضمن الأحكام المنظمة لعقد المقاوله إنما افصح عن رغبته فى أعتبار عمله بوضع التصميم والمقايسه ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها، وأن اختلاط الفكر بهذه الأعمال لايمنع من أعتبارها من قبيل الاعمال الماديه، لا من قبيل التصرفات القانونيه ، فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاوله إلى الوكالة ، مما يوجب تطبيق أحكام عقد المقاوله عليه " .

(جـ) التبادلية :

٢١ - فعقد مقاول البناء من الباطن عقد تبادلي ملزم للجانبين أي للمقاول الأصلي ومقاول البناء من الباطن إذ يرتب التزامات تبادليه تقع على عاتق طرفيه حيث يتعهد مقاول البناء من الباطن بأن يصنع شيئاأو يؤدئ عملا لقاء أجر معلوم يتعهدبه من يتم هذاالاداء لحسابه وهو المقاول الأصلي.

(د) المعاوضه :

٢٢ - إن العقد الذى يبرمه مقاول البناء من الباطن تبرز فيه خاصه المعاوضه حيث يقتضى طرفيه مقابلا لمايعطى فمقاول البناء من الباطن لا يؤدى عمله بنيه التبرع بل مقابل اقتضائه أجرا من المقاول الأصلي، كذلك فإن الأخير يدفع الأجر لمقاول البناء من الباطن مقابل اقتضائه العمل ، ولهذا تتوافر لدى الطرفين نية أخذ المقابل لما يعطى وهو بذلك يكون عقد معاوضه .

وخلاصه القول أن هذه التبعيه فى العقد فقط ، بحيث اذا انقضى العقد الأصلي ، انقضى العقد التابع ، ولكن عمل مقاول البناء من الباطن مستقل عن عمل مقاول البناء الأصلى لأنه مقاول وليس عاملا، ولذا نجد أن عمل مقاول البناء من الباطن يتميز بالاستقلالية فى تنفيذه لعقد مقاوله البناء من الباطن، فمقاول البناء من الباطن يعمل مستقلاعن مقاول البناء الاصلى وهو بذلك يختلف عن العامل الذى يعمل بتوجيه مقاول البناء الأصلي وتحت اشرافه [١].

---

(١) انظر استئناف مختلط ٢٧ مارس سنه ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦ .

فهو يؤدى عمله دون أى تدخل من جانب مقاول البناء الاصلى فى تحديد كيفية التنفيذ أو اختيار الوسائل أو الأدوات اللازمه لهذا التنفيذ ، فليس له أن يوجه هذا الاختيار أو يراقبه ، وإن كان هذا الاستقلال لمقاول البناء من الباطن عن مقاول البناء الاصلى لا ينفى حق الأخير فى أن ينذر الأول بالعدول عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له اذا ثبت لديه أن مقاول البناء من الباطن يقوم بالتنفيذ على وجه معيب أو مناف لعقد مقاوله البناء من الباطن ، وذلك قياسا على حق رب العمل تجاه مقاول البناء الاصلى والذى ذكرته المادة ٦٦٣ مدنى مصرى (١)، وهذا ونشير الى مفهوم الاستقلاليه بالنسبه لعمل مقاول البناء من الباطن بالتفصيل عندما نتناول شروط عقد مقاولة البناء من الباطن فى المبحث التالي.

المبحث الثالث

شروط عقد مقاوله البناء من الباطن

٢٣ - لكى تكون بصدد عقد مقاوله من الباطن يجب ان تتوافر مجموعه من الشروط بعضها يعتبر شروطا عامه تطبيقا للأحكام القانونيه العامه، وبعضها تعتبر شروطا خاصه يلزم توافرها لكى تميز عقد مقاولى البناء من الباطن عن غيره من العقود المتشابهه معه، وسوف نتحدث أولا عن الشروط العامه ثم ثانيا عن الشروط الخاصه على الوجه الآتى :-

---

(١) نصت المادة ٦٦٣ مدنى مصرى على أنه " (١) لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات ، وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ... "

أولا : الشروط العامه :

٢٤ - فى ضوء مانص عليه المشرع فى المادتين (٦٤٦، ٦٤٧ مدنى مصري)[١] فإنه يلزم أن يكون محل الأداء فى عقد مقاولى البناء من الباطن القيام بأداء عمل أو صنع شيء لقاء أجر معلوم ، ويجب الا يكون محله التزام بإعطاء شيء أى نقل أو انشاء حق عينى فالتزام مقاول البناء من الباطن في بعض الاحيان بتقديم المواد التى يتم صنع البناء منها لا يعنى انه التزام بنقل ملكيه هذه الاشياء الى المقاول الأصلى، لأن العبره الاساسيه هنا يقصد المتعاقدين ومحله الالتزام بإقامة البناء دون نقل ملكيته، وقد ذهب المشرع المصرى فى تأييد ذلك عندما نص فى الماده ٦٤٧ مدنى من جواز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والماده معا التى يصنع منها الشيء وهو هنا البناء دون أن يمنع ذلك من اعتبار العقد مقاوله من الباطن ، فقد أثير خلاف حول طبيعة هذا الفرض هل هو بيع شيء مستقبل أو مقاوله ؟ فالعبرة هنا - كما ذكرنا - بإرادة المتعاقدين وخاصة اذا كانت صريحه، أما إذا لم تكن الاراده واضحة فيمكن لقاضى الموضوع أن يكشف عنها من خلال القرائن التى قد تتوافر لديه [٢].

---

(١) نصت الماده ٦٤٦ مدنى مصرى على أن " المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " . نصف الماده ٦٤٧ مدنى مصرى على ان : ١-يجوز ان يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله ٢. - كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا."

(٢) انظر فى ذلك :

Henrie et Leon , Jeun Mazeaud : le lecon de droit civel tome Troisieme Principaux contrats page 1575.

٢٥ – كما يمكن أن يكون محل عقد مقاول البناء من الباطن بالاضافه الى القيام بأعمال ماديه القيام بأعمال عقليه يقوم بها مقاول البناء من الباطن لصالح المقاول الأصلى على وجه الاستقلال وذلك لأن التفرقه بين الأعمال الماديه ، العقليه تفرقه منتقده بسبب عدم وجود عمل لا يكون للعقل دور فيه (١) .

٢٦ – كما يشترط فى عقد مقاول البناء من الباطن أن يؤدى المقاول من الباطن عمله مستقلا عن المقاول الأصلى ، وغير خاضع لإشرافه سواء من الناحية الفنية أو الادارية ، ولكن هذا لا يمنع رب العمل (المقاول الأصلى) من مراقبه مقاول البناء من الباطن أثناء أدائه لعمله ، لكى يكتشف المخالفات التى قد يرتكبها مقاول البناء من الباطن ثم يتخذ الوسائل القانونيه فى الوقت المناسب كالتنبيه عليه باتخاذ الطريق السليم أو طلب فسخ العقد خاصه ان تلك المراقبه لا تشكل اى تدخل فنى أو إدارى فى عمل مقاول البناء من الباطن ، وقد يقوم بهذه العملية مثلا مهندس معمارى، ويشارك معه ما يسمى فى فرنسا Maitred' Ceuvre)٣(أو مكتب للاشراف الفنى (Control technique)(٢) .

ثانيا : الشروط الخاصه :

٢٧ – يلزم ايضا لصحة عقد مقاول البناء من الباطن توافر بعض الشروط الخاصه بالاضافه الى الشروط العامه السابق ذكرها ، ويمكن أن

---

(١) انظر د/ محمد عبد الرحيم عنبر ، عقد المقاوله دراسة مقارنه بين تشريعات الدول العربيه ١٩٧٧م ص ٣١ .

(٢) Bernard Bouble : La responsabitité et l'assurance des architectes entrepreneurs et autres canstruleurs 1979 . N. 137,179,181.

تشير إلى تلك الشروط على الوجه الآتى :

أ - عدم وجود علاقه عقديه مباشره بين رب العمل ومقاول البناء من الباطن .

فمقاول البناء من الباطن لا يلتزم مباشرة بأحكام العقد الأصلى ولا يكون مسئولا أمام رب العمل عن عدم التنفيذ ، وذلك لانتفاء العلاقة العقديه المباشرة بين رب العمل ، ومقاول البناء من الباطن ، لأنه اذا وجدت تلك العلاقه نكون أمام حالة تعدد مقاولين أصليين ، حتى ولو تم التنسيق بين عمل هؤلاء [١] ، كذلك لا محل للقول بمسئوليه مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل إذا كان مقاول البناء الأصلى شخصا معنويا . فالاشخاص الطبيعيون التابعون لذلك الشخص المعنوى والذين يقومون بتنفيذ العمل لا يعدون مقاولين من الباطن .

ب - يجب أن يكون عقد مقاول البناء من الباطن لاحقا لعقد المقاوله الأصلى :

٢٨- لان عدم تحقيق ذلك يجعل العقد (أى عقد مقاولة البناء من الباطن) هنا عقدا أصليا وليس من الباطن . ولذا فإنه لو اقتصر التزام مقاول البناء الأصلى فى العقد بينه وبين رب العمل على التعهد بأن يحصل على موافقه مقاول آخر على التعاقد مع رب العمل ونجح فى ذلك فإن عقد المقاوله يكون اصليا مع رب العمل لأنه فى هذا الفرض يكون بمثابه وكيلا

---

(١) د/ مصطفى الجارحى عقد المقاوله من الباطن ، ص ٣٩ طبعه ١٩٨٨ م دار النهضة العربية .

ينوب عنه فى ابرام عقد المقاوله مع المقاول الآخر ويكون العقد الآخر أصليا مع رب العمل.

وفى فرنسا فى مجال الانشاءات العقاريه هناك ما يسمى بالبروموتير (promoteur) وهو يعتبر بمثابه وكيل ينوب عن رب العمل فى ابرام كافة التصرفات القانونيه والتنفيذيه اللازمة لبدء وتنفيذ تلك الانشاءات ، ويتفق الفقهاء على أنه وكيل ، وصفه الوكالة هنا بأنها ذات مصلحة مشتركه ، ويرى البعض أن (البروموتير) يخضع للضمان العشرى المنصوص عليه فى المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى (١).

وعلى ذلك اذا كان التزام مقاول البناء الأصلى ناشئامن قانون أو لائحه أو اشتراط لمصلحه الغير ولم يكن مصدره عقدا ، فإن العقد الذى يبرمه بعد ذلك تنفيذ لهذا الالتزام لا يكون عقد مقاوله من الباطن ، وانما يكون عقد مقاوله أصلى .

ولكن هل يوجد عقد آخر يحل محل عقد المقاوله الأصلى بحيث يعتبر العقد اللاحق له عقد مقاوله من الباطن ؟.

اثير هذا التساؤل بمناسبة قيام المشرع الفرنسى باجراء تعديلات على الماده ١٧٩٢ فى ٤ يناير ١٩٧٨ أخضع بمقتضاها بائع العقار الضمان

---

(1) Roger saini Alary : Cours de droit de la constraction et de la propriete urbaine 1971 - 1973 N. 419 Page 269 " Tout Personne qui , bien qu' agissant en equalite de mondataire du proprielaire de l'ouvrage , accomplite une mission assimalable a' celle d'un locateu d'ouvrage"

العشرى اسوه بالمقاول والمهندس المعمارى ، وعلى ذلك يرى : أن عقد البيع الذى يبرمه كل بائع بعد اتمام بنائه اذاكان شيده أو عمل على تشييده يمكن أن يقوم مقام عقد المقاوله الأصلى بحيث يكون العقد الذى يبرمه البائع (رب العمل) مع المقاول لتنفيذه للأعمال عقد مقاوله من الباطن .

جـ - أن يكون الهدف من مقاوله البناء من الباطن هو التنفيذ الكلى أو الجزئى للمقاوله الأصليه :

يجب أن تكون عقد مقاول البناء من الباطن لاحق لعقد المقاول الأصلى ويصدد تنفيذها كليا أو جزئيا فإذا كان محل عقد المقاوله الأصلى إقامه بناء فإن عقد المقاوله من الباطن يجب أن يكون محله اقامه هذا البناء أو إقامه اجزاء منه (١) .

وعلى ذلك يجب ان تكون هناك تبعية بين عقد المقاوله الأصلى وعقد المقاوله من الباطن من حيث المحل اى يستعير عقد المقاوله من الباطن محله من عقد المقاوله الأصلى وليس العكس ، وهى أن يكون العقد من الباطن وسيله لتنفيذ العقد الأصلى كحالة مقاولى البناء من الباطن أو وسيلة للاستفاده من المنفعه دون تنازل عن العقد الأصلى (٢) .

وعلى ذلك اذا كان هناك وحدَه فى محل العقدين فيكون العقد اللاحق عقدا من الباطن، ولكن وحده المحل لا تستلزم أن يتعلق العقد من الباطن

(١) انظر Bernard Teyssie : les groups de contrats 170. 127

(٢) انظر فى هذا البحث ص ١٢ وما بعدها بند ١٤ وما بعده .

بكل الشيء بل يجوز أن يتعلق فقط بجزء من هذا الشيء فالمقاوله من الباطن يجوز ألا تتعلق إلا ببعض الاعمال التى تشملها المقاوله الأصليه ويجوز أن يكون محل عقد المقاوله من الباطن هو تقديم الأيدى العامله اللازمه لتنفيذ العقد الأصلى ، لأن هذا النوع اصبح نشاطا مهنيا من أنشطه المقاولات ، وهى ليست مخالفه للنظام العام بل هى فى كثير من الأحيان اساس النجاح فى تنفيذ كثير من الأنشطه ولذا جرى به العرف فى مصر، وهذا ما اتجهت الى تأييده ايضا محكمه النقض الفرنسيه فى تفسيرها للحظر الوارد فى الماده ٣٠ / ١٣، والمادة ١٠٣ من الكتاب الاول من تقنين العمل الفرنسى الذى يحظر استغلال العمال ، حيث اتجهت الى القول " بأن المحظور ليس هو ذلك النوع من المقاولات وانما المحظور فقط هو أن تكون طريقة لاستغلال العمال واضعاف حقوقهم " (١) ويسمى مقاول أنفار (MACHANDEUR) ويسمى النشاط (Marchandage) على أنه اذا لم يكن هناك عقد مقاوله اصلى فإن عقد مقاوله الانفار يكون عقد مقاوله أصلى ، وذلك اذا كانت علاقته مباشره مع رب العمل بتقديم العمال للعمل تحت اشراف رب العمل ، اما اذا تعهد مقاول الانفار بتأديه العمل مباشرة بعماله فإنها تكون مقاوله اصليه وليست مقاوله انفار ، ويجوز ان تكون مقاولة من الباطن اذا كانت الأيدى العامله مقدمه الى مقاول أصلى له.

---

(1) Mazaud (Henri et lean et Jean) : lecon drait civit . tome Troisieme princiaux cantrats , Page 1107 - 1108 110 1380
IVERET (Jean) , le sous - contrat - 1033 .

الفصل الثاني
مشروعيه وأساس عقد مقاولة النباء
من الباطن في القانون والفقه

٢٩ - نتناول في هذا الفصل بيان مدى مشروعية عقد مقاول البناء من الباطن في القانون المدني، وبيان موقف الفقه الاسلامي من مشروعية عقد مقاولة البناء من الباطن، ثم نعقب ذلك بشرح الطبيعه القانونيه لعقد مقاول البناء من الباطن. ثم نوضح تكييف عقد مقاوله البناء من الباطن في الفقه الاسلامي. وذلك في مباحث على الوجه الآتي :

المبحث الاول

مشروعية عقد مقاولة البناء من الباطن فى القانون

٣٠ - إن الأصل هو اباحة التعاقد من الباطن (١) وبالتالى فإن عقد مقاول البناء من الباطن لا يحتاج الى اقرار سابق او أذن سابق أو اعلان لرب العمل طالما لا يوجد حظر صريح أو ضمني في عقد المقاوله الأصلي، لأن حرية تعاقد المقاول من الباطن تستند الى الاصل العام وهو الاباحه في التعاقد حيث الاصل العام هو الاباحه والاستثناء هو الحظر ولايكون إلا بنص صريح أو ضمني، وذلك اذا كانت شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار مثلا.

---

(١) انظر د/ عبد الرشيد مأمون ، المسئولية العقديه عن فعل الغير، ١٩٨٦ ص ٥٤ ، د/ جمال الدين زكى ، الوجيز في النظرية العامه للالتزامات في القانون المدني المصرى ١٩٧٨ ص ٣٧٤، د/مصطفى عبد السيد الجارحى ، مرجع سابق ، ص ١٣ وما بعدها .

ونستطيع أن نؤيد الرأى السابق بالأسانيد الآتية :

أ - إن الحقوق الشخصية يجوز التصرف فيها سواء بنقلها أو باستغلالها أو بتداولها اذا كانت قابله لذلك لأنها أموال وينطبق عليها مبدأ حرية التداول .

ب - يمكن الاستناد الى نصوص المواد ٢٠٨ - ٣٢٣ مدنى مصرى والتى تنص على جواز أن يأتى الوفاء من غير المدين وليس للدائن حق الاعتراض الا إذا كانت طبيعة الدين أو نص الاتفاق يقضى بضروره قيام المدين بنفسه بتنفيذ الالتزام ، وعقد المقاول من الباطن ماهو إلا وسيله لتنفيذ الالتزام .

جـ - ان المقاول الأصلى يحق له أن يستفيد بالعمال فى المساعده لتنفيذ التزامه تجاه رب العمل والأمر هنا لا يختلف عن استعانته بالبدلاء كمقاول البناء من الباطن ، طالما أن المقاول الأصلى هو الذى يظل مسئولا عن العمل أمام رب العمل عن تنفيذ العقد . ولهذا يجب أن يكون الأصل فى الحالتين هو الاباحة (١) .

د - كما يمكن أن نستند إلى نص المادة ٦٦١ مدنى والتى أجازت التعاقد من الباطن من المقاول الأصلى ، ولمقاول البناء من الباطن تنفيذ كل أو جزء من العمليه مالم يوجد شرط يمنع ذلك أو طبيعة العمل تفترض

(١) د/ عبد الرشيد مأمون ، مرجع سابق ، ص ٥٣ .

الاعتماد على كفايته الشخصية ، وفى هذا النص مايفيد أن الأصل هو الاباحه والاستثناء هو الخطر .

- ولكن ماهى حالات حظر التعاقد مع مقاولى البناء من الباطن ؟

٣١ - يمكن لنا أن نجمل حالات حظر التعاقد مع مقاولى البناء من الباطن وذلك على الوجه الآتى :

أ - ان مصدر الحظر فى التعاقد مع مقاول البناء من الباطن قد يكون شرطا فى عقد المقاول الأصلى ، ويجب أن يكون شرط الحظر أى المنع صريحا(١)، وفى نفس العقد الأصلى حتى يمكن القول بأن العقد ماكان ليتم لولا قبول المقاول الأصلى للشرط المانع ، أى أنه التزم بعدم التعاقد من الباطن رغبة منه فى اكتساب العقد .

كما قد يشترط فى العقد الأصلى الا يتم التعاقد من الباطن إلا بموافقه رب العمل على العقد أى على التعاقد من الباطن ، وهنا فى حالة ابرام التعاقد من الباطن ، ورفضه رب العمل فإنه لا يعتد به ولكن يشترط البعض من القضاه أن يكون الرفض مبنيا على بواعث جديه ، والأمر تقديرى للقاضى ، فى حين ذهب بعض القضاء الى جعل مبدأ الرفض أمرا تقديريا لرب العمل (٢).

---

(١) تيسيه (Teyssiel bernard) : مجموعه العقود (لايجار) فقره ١٦٤ .

(٢) CIV : 24/4/1969 JC . P 1965 - 2 - 14417 et n . L . VEAUX

ب - ان تكون طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول الأصلى .

لاشك أن هناك حالات معينه تكون الكفاية الفنية للمقاول الأصلى محل اعتبار لدى رب العمل عند اجراء التعاقد ، فوجود الاعتبار الشخصى المانع من الاستعانه بالمقاول من الباطن فى هذه الحاله أمر لاشك فيه ، لأن المقاول الأصلى يتمتع بكفاية شخصية أى له من الخبره والمهاره ما يتفرد به ويجعله حائزا على ثقه خاصه (١)، ويجب عند البحث عن الاعتبارالشخصى هنا أن نبحث كل حالة على حده لأن الأمر يتعلق بتفسير لارادة المتعاقدين ويؤخذ فيها بالعرف.

وعلى ذلك اذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول الأصلى كأن يكون محل المقاولة عملا فنيا لجأ فيه رب العمل إلى مقاول بالذات نظرا لكفايته الفنيه فإنه يحظر عليه القيام بإجراء العمل بواسطة مقاول بناء من الباطن وذلك دون حاجه الى شرط صريح حيث نكون بصدد شرط مانع ضمني، لأن المشرع المصرى نص فى المادة (٦٦١ مدنى مصرى) على أسباب الحظر بقوله"...اذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد، أو لم تكن طبيعه العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية ".

---

(١) د/ محمود جمال الدين ذكى ، الوجيز ، مرجع سابق ، ص ٣٧٤ .

وانظر تيسييه ، مرجع سابق فقره ١٤٠ - ١٤٢

" Silebail a ete conclu ou non institu Personne , le bailleur ayant pris en cansideration , par exemple la capacite Financieres ou les qualites morales du celui avec qui il a traite "

والنص السابق لم يتطلب سوى أحد السببين للحظر حيث استخدم لفظ (أو) وهو للتخيير [١] ويرى البعض [٢] أن الشك يفسر لصالح الاباحه أى لصالح المقاول الأصلى المدين بتنفيذ الالتزام ، حيث يستند أصحاب هذا الرأى الى نص الماده (٥١) مدنى مصرى والتى تنص على أن " يفسر الشك فى مصلحه المدين "

ونرى عكس ذلك : أن الشك يفسر لصالح رب العمل أى المنع إلا اذا أذن رب العمل فى ذلك لأن عقد مقاولة البناء ليس عقد إذعان حتى نقول بأن رب العمل يتفرد بوضع الشروط وبالتالى فعليه أن يتحمل مسئولية الغموض وتفسير الشك لصالح الطرف المذعن (مقاول البناء الأصلى) ، وإنما هو عقد تبادلى ابرم بإرادة الطرفين ، وبالتالى فنرى ان الشك يفسر لصالح المنع وليس الاباحه وخاصة أن عقد المقاوله من العقود التى تكون شخصية المقاول فى أغلب الأحيان محل اعتبار لدى رب العمل ، علاوة على أنه من العقود الخطره التى تحتاج فى تنفيذها إلى أمانه وثقه وخبره وجدها رب العمل فى المقاول الأصلى ، وليس فى غيره ، ولذا فإن طبيعه عقد المقاوله تقتضى منا القول بأن الشك فيه يفسر لصالح رب العمل أى لصالح المنع وليس الاباحه فى التعاقد مع مقاول من الباطن علاوه على ان ابرام عقد

---

(١) انظر د/ محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدنى الجديد ، العقود المسماه ، الطبعه الاولى ١٩٥٣ فقره ٦٢٠ ص ٢٤٨ السهنورى ، الوسيط ، ج٧ ص ٢٦٣ وما بعدها بند ١١٨ ض ١٩٨٩م.

(٢) انظر فى هذا الرأى د/ مصطفى الجارحى ، مرجع سابق ، ص ١٥ .

مقاوله البناء من الباطن انما يكون على خلاف الأصل ولذا يجب تفسير الالتجاء اليها تفسيرا ضيقا لصالح رب العمل وهذا ما أخذت به المذكره الايضاحيه (١) للمشروع التمهيدى بقولها " عند تمام الشك، يحرم المقاول من حق المقاوله من الباطن ، الا اذا أذن له رب العمل بذلك "

– ولا نرى تعارضا بين ما أخذت به المذكره الايضاحيه لنص الماده ٦٦١ مدنى من تفسير الشك لصالح المنع ، ونص الماده ١٥١ مدنى التى استند اليها أصحاب الرأى القائل أن الشك يفسر لصالح الاباحه، لأن المقاوله من الباطن انما هى حق للمقاول الأصلى تجاه رب العمل ، وبالتالى فى المقابل تعتبر واجبا عاما على رب العمل لأن عقد المقاوله عقد ملزم للجانبين أى تبادلى فما يمثل حقا لأحد الاطراف يكون فى المقابل التزاما يقع على الطرف الاخر ، فاذا وجد شك فى التعرف على الاراده المشتركه بالنسبه للالتزامات التى تقع على رب العمل – وهو هنا حق المقاوله من الباطن للمقاول الأصلى– فيجب ان يكون التفسير لمصلحه رب العمل (المدين) بالالتزام اى الى جانب الحظر أى المنع ، ومن هنا نقول انه ليس هناك تعارضا مع القول أن الشك يفسر لصالح الحظر وبين المادة ١٥١ التى تنص على أن الشك يفسر فى مصلحة المدين حيث يتفق هذا التفسير مع ماقالت به المادة المذكوره على عكس ما أدعى به اصحاب الرأى السابق القائل بأن الشك يفسر لصالح الاباحه .

---

(١) انظر المذكره الايضاحيه للمشروع التمهيدى (مجموعة الاعمال التحضيريه ج ٥ ص ٥٠ .

جـ - وأخيرا قد يكون المنع مستندا إلى نص قانونى يحظر التعاقد من الباطن ، ولكن طبيعة المنع تختلف بحسب ما اذا كان النص آمرا أو مكملا ، فإذا كان النص آمرا أو حظر التعاقد من الباطن حتى ولوصرح بذلك رب العمل فى شروط العقد لأن أى اتفاق يخالف النص الآمر يكون باطلا أما اذا كان النص مكملا فإن الاتفاق على مايخالفه يجب أن يكون فى العقد الأصلى ، أى لابد من اذن سابق واذا اعتبر النص المكمل جزءا من العقد يأخذ حكم الشرط المانع .

د - وقد يوجد الحظر ايضا فى التعاقد من الباطن اذا كان هذا التعاقد متعارضا مع غاية العقد الأصلى (١)

موقف القانون الفرنسى من مشروعية المقاوله البناء من الباطن :

٣٢ - لا يوجد بالقانون الفرنسى نص صريح يبيح المقاوله من الباطن اذا لم يوجد شرط مانع ولكن الرأى السائد فى الفقه هو الاباحة (٢) ، ذهب رأى فى فرنسا الى القول بعدم اباحة المقاوله من الباطن ولا التنازل عن

---

(١) انظر تيسيه فقره ١٦٤

En l'absence de disposition " (special limite est Parfois apporte a'la Faculte de diffraction par l'economie general du contrat Initial Ainsine devra -e-elle - constituer un instru ment de madifccation de l'affaction exclusivement commercial d'un immeuble donne abail .

(٢) بوردى وفال ، فى الايجار ج ٢ فقره ٤٠٥٩ باريس ١٩٠٧ - أوبرى ورو وأسمان ، فى البيع ج٥ فقره ٣٧٤ ص ٤٠٤ / ٤٠٥ الطبعه السادسه سنه ١٩٤٦ - بلانيول وربير وراوست ، العقود المدينه ج ١١ فقره ٩٢٩ ص ١٦٨ باريس ١٩٥٤ .

المقاولة (١) ، أما البعض الأخر فيبيح المقاوله من الباطن إلا اذا كانت طبيعه العمل تمنع ذلك (٢).

الا أن المشرع الفرنسى قد نظم بعض احكام المقاوله من الباطن فى القانون ١٣٣٤٤ الصادر فى ٣١ ديسمبر سنه ١٩٧٥ . فأوجب أن يحصل المقاول الأصلى على موافقة رب العمل على المقاولة من الباطن وعلى شرط الدفع الوارده فى عقد المقاوله من الباطن ،كما أوجب على المقاول الأصلى أن يقدم لرب العمل العقد بناء على طلبه فإذا لم يقبل رب العمل المقاول من الباطن أو شرط الدفع ، فإن عقد المقاوله من الباطن لا يقع باطلا ، وإنما يكون غير نافذ فى حق رب العمل ، أما فيما بين طرفيه فإن المقاول من الباطن له أن يتمسك به قبَل المقاول الأصلى الذى يظل ملتزما امامه به أما المقاول الأصلى فلا يجوز له التمسك به قبل رب العمل (م ٢/٣ من القانون المذكور) وموافقه رب العمل ليست شرطا لانعقاده لانه يجوز أن تصدر تلك الموافقه إما عند ابرام عقد المقاوله من الباطن أو أثناء تنفيذ المقاوله من الباطن (م ٣ / ١)

جزاء مخالفة الشرط المانع :

٣٣ – اذا أخل المقاول الأصلى بشرط المنع سواء كان صريحا أو ضمنيا فإن لرب العمل الحق فى ان يطلب من المقاول الأصلى تنفيذ التزامه

---

(١) انظر هيك ، مرجع سابق ، ج ١٠ فقره ٤١٧ .

(٢) انظر / جيوار ، الايجار ، ج٢ ، فقرة ٨١٨ طبعه ٢ مارس ١٨٩١ ، حيث يرى أن إقامه بناء على اساس تصميم معين لا يمكن تنفيذه بواسطه مقاول آخر .

عينيا بأن يجبر المقاول على أن يقوم بتنفيذ التزامه شخصيا دون المقاول من الباطن .

- كما يحق لرب العمل أن يطلب فسخ عقد المقاوله الأصلى استنادا إلى عدم قيام المقاول الأصلى بتنفيذ التزامه عينيا ، ويجوز الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون أى اعذار أو إلى حكم قضائى .

- هذا ويجوز لرب العمل أن يطلب التعويض من المقاول الأصلى اذا كان قد أصابه ضرر والمقاول من الباطن اذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالتنفيذ العينى او بالفسخ ان يرجع بدوره على المقاول الأصلى يطالبه بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته المستمده من عقد المقاوله من الباطن (١) ذلك هو موقف المشرع المصرى والفرنسى من مشروعيه عقد المقاوله من الباطن ولكن لنا أن نتسآل عن مدى مشروعية هذا العقد فى الشريعه الاسلاميه ؟

---

(١) السنهورى ، مرجع سابق ، ص ٢٦٥ .

المبحث الثاني
مدى مشروعية عقد المقاوله من الباطن
فى الفقه الاسلامي

٣٤ - تتفق الشريعة الاسلامية مع القانون فى ان الأصل فى عقد المقاوله من الباطن هو الاباحة وأن الاستثناء هو الحظر . فإذ شرط على المقاول ان يعمل العمل بنفسه ، فليس له أن يعمل بغيره سواء كان هذا الغير اجيرا خاصا (عاملا) أو مشتركا (مقاولا) ، لأن مقصود رب العمل هو تحصيل العمل من أجير بعينه ، ولا يقوم غيره مقامه ، والمقاولون ، وسائر الاجراء يتفاوتون فى أعمالهم ، وتحديد شخص المقاول لا يخلو من الفائده ، فلو استأجر مقاولا ليقيم له منزلا فعليه أن يقوم ببنائه بنفسه ، لأن المقاولين يختلفون من حيث الحيطه ، والذمة ، والمهاره ، ولذا فإذا شرط فى عقد مقاوله البناء أن يقوم المقاول الأصلى بالبناء بنفسه ، فلا يجوز له أن يقاول غيره للقيام بهذا البناء (١)

٣٥ - ولكن قد لا يشترط رب العمل فى عقد المقاوله قيام المقاول الأصلى بأداء العمل بنفسه فهل له فى هذه الحاله أداء العمل بواسطه مقاول

(١) انظر المدونه الكبرى للامام مالك ج ٣ ص ٤٠٨ ، ٤٢٦ ، الخرش على مختصر خليل ج ٧ ص ٢٣،٤،٣ ، الشرح الكبير وحاشيه الدسوقى ج ٤ ص ٤ ، ٥ . الهدايه ج ٣ ص ٢٣٤ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٤ ص ٢٠٨ شرح الدر المختار ج ٢ ص ٢٨١ - المهذب للشيرازى ج ١ ص٣٩٥ ، ٤٠٦ ، ٤١٠ ، الأم للشافعى ج ٣ ص ٢٦٠ - المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٣٧٨ ، ٣٧٩ الروض المربع شرح زاد المستقنع ص٢٧٤ ، المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ المسأله ١٣١٤ ص ٢٨ .

من الباطن ؟ لكى نجيب على هذا التساؤل يلزم ان نستعرض موقف بعض المذاهب الفقهيه فى الشريعه الاسلاميه وذلك على الوجه الاتى :

- ذهب الحنابله (١) الى القول : بأن الاجاره اذا كانت على عمل فى الذمه يختلف باختلاف العقد كالنسخ فلايقوم غير الأجير مقامه ، فإذا أقام غيره مقامه فلا يلزم رب العمل القبول ، ومثل هذه المسائل سائر الاعمال التى تختلف باختلاف الاجراء .

وقد استندوا فى الرأى السابق الى القياس : حيث قاسوا الاجاره على السلم، فلو أَسلَم فى نوع معين ، وسلَّم الى غيره لا يلزم المسلَّم القبول، فكذلك الحال فى الاجاره (٢) .

- اما المالكيه : فذهبوا إلى القول بأنه اذا استأجر أجيرا لعمل ، وكان عمله بعينه مقصودا لدقته مثلا ، ولم يصرحا فى العقد بما اذا كان العمل مضمونا أو غيره ، وجب على الأجير أن يعمله بنفسه ، وليس له أن يستعمل غيره (٣) .

- ومما تقدم نجد أن الحنابلة والمالكية يرون أن الأعمال تختلف بإختلاف الاجراء وأن رب العمل قد قدر كفاية المقاول الشخصيه والتى كانت دافعا له للتعاقد معه ليحصل على عمل من نوع ما يؤديه هذا الاجير ، وعلى

---

(١) الروض المربع بشرح زاد المستقنع ص ٢٧٤ - الشرح الكبير ج ٦ ص ١١٣ / ١١٤ . المغنى لابن قدامه ج٥ ص ٣٧٩

(٢) الشرح الكبير ج ٦ ص ١١٤ - المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٣٧٩

(٣) شرح فتح الجليل على مختصر خليل - محمد عيسى ص ٧٤٢ .

ذلك اذا اسند المقاول العمل إلى غيره لا يكون منفذا لالتزامه تجاه رب العمل.

- إلا أن الحنابلة [١] ذهبو الى أنه يجوز لرب العمل أن يأذن للمقاول الأصلى فى أن يقيم غيره مقامه ، أو أن يقبل العمل الذى اداه له الأجير بغيره ، كما أن له أن يقبل من المسلم اليه نوعا غير المسلم فيه ، بخلاف ما اذا كانت الإجازه ثابته فى عين الأجير ، فلا يجوز له أن يقيم غيره مقامه ، لأن المعقود عليه عمل من عين معينه ، والعمل من غيرها ليس معقودا عليه .

- وعلى ذلك فإنه يجوز للمقاول أن يعمل بغيره مالم يشترط عليه أن يعمل بنفسه وطالما لم يختلف القصد باختلاف الاجراء، فله ان يعمله بأجيره الخاص (عامله أو عماله) أو المشترك (المقاول من الباطن)، لأن مقصود رب العمل ليس إلا تحصيل العمل ولا يعنيه من يقوم به، فإذا نفذ المقاول العمل بنفسه أو بغيره على النحو المشترط فى العقد، فقد وفى ما عليه [٢] .

جزاء مخالفة الشرط المانع فى الشريعه الاسلامية :

٣٦ - اذا خالف المقاول الشرط المانع وأسند العمل إلى مقاول من

---

(١) المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٣٧٩ ، الشرح الكبير ج ٦ ص١١٤ .

(٢) انظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ص ٢٠٨ - تكمله البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨ ص ١٠٢٩ - الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤ ص ٤ ، ج ٥ ص ٢٢ ، ٢٣ . المدونه الكبرى لمالك ج ٣ ص ٤٢٦ - الأم للشافعى ج ٣ ص ٢٦٠ - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ ص ٤٠٣ - ٤٠٤ - المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٣٧٨ ، ٣٧٩ الروض المربع بشرح زاد المستقنع ص ٢٧٤ - المغنى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٢٨ المسأله ١٣١٤ .

الباطن فلا أجر له لأنه لم يأت بالمعقود عليه ، اذا المعقود عليه عمل من مقاول معين لا يقوم غيره مقامه [1] ، لكن هل يستحق أجر المثل ؟ رأى الحنفية، المالكيه ، الشافعيه ، الحنابله والظاهريه [2] انه اذا خالف المقاول الشرط المانع ، وأسند العمل الى مقاول من الباطن فقد آتى بغير المعقود عليه ، وعمل الغير ليس معقودا عليه ، ولا يقتضيه عقد صحيح ولا فاسد وعليه فلا يستحق أجر المثل.

المبحث الثالث

طبيعة عقد مقاولة البناء من الباطن في القانون والفقه

تناول ايضاح طبيعه عقد مقاولة البناء من الباطن فى القانون والفقه وذلك فى مطلبين على الوجه الاتى:

---

(١) الهداية ج ٣ ص٢٣٤ ، ٢٣٨، ٢٣٩ ، ٢٤٩ - شرح الدر المختار ج ٢ ص ٢٩٢ الخرشى على مختصر خليل ج ٧ ص ٥٣ - المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٤٣٤ - ٤٢٦ - الروض المربع بشرح زاد المستقنع ص ٢٧٤ - المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ المسأله رقم ١٣١٤ ص٢٨.

(٢) الهدايه ج ٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٨ . ٢٣٩ - الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٥٥ ، ٥٦ المغنى لابن قدامه ج٥ ص ٢٧٨ ، ٣٧٩ ، ٤٣٤ ، ٤٣٥ - الروض المربع بشرح زاد المستقنع ص ٢٧٤ المهذب الشيرازى ج ١ ص ٤١٠ - المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ المسأله ١٢٩٩ ص ١٧ .

المطلب الاول

الطبيعة القانونية لعقد مقاولة البناء من الباطن

٣٧ - اذا ما رجعنا الى تعريف المقاوله من الباطن نجد أنه " عقد يعهد فيه المقاول الأصلى الى المقاول من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من الصفقه التى أبرمها الأول مع رب العمل " .

ومما سبق نجد أن عقد المقاوله من الباطن لا يختلف فى طبيعته عن عقد المقاوله الأصلى حيث يلتزم فيه المقاول من الباطن بالقيام بأداء عمل ، ولا ينقضى التزامه إلا بتنفيذ هذا العمل ، أى لا تبرأ ذمة المقاول من الباطن الا بتنفيذ العمل المكلف به بمقتضى عقد المقاوله من الباطن وعليه نقول أن مسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه المقاول الأصلى إنما هى مسئولية عقديه وليست تقصيريه ، ولكن مضمون التزام مقاول البناء من الباطن فى نطاق تلك المسئولية العقدية انماهو التزام بتحقيق نتيجة (١) .

ففى عقد مقاول البناء من الباطن نجد أن هدف المقاول الأصلى هو اقامه البناء ، ويتفق هذا الهدف مع محل التزام مقاول البناء من الباطن ، وهو التزامه بإقامة البناء ، وهذاما يتفق مع طبيعة العقد بين رب العمل والمقاول الأصلى . ولذا نجد أن طبيعة الالتزام فى عقد مقاول البناء من الباطن انما هو التزام بتحقيق نتيجة .

---

(١) انظرد/ محمد شكرى سرور ، مسئوليه مهندس ومقاول البناء طبعه ١٩٨٥ ص ١١٥ وما بعدها بند ٨٩ .

٣٨ - وبالاضافة الى أن القول بأن الطبيعية القانونيه لمحل عقد مقاول البناء من الباطن تمثل التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عنايه يستلزم لكى يصف القاضى عقدا بأنه مقاوله من الباطن أن يتبين له بعد تفسيره أن الغرض الاساسى والرئيسى الذى اتجهت اليه إراده المتعاقدين هو قيام احدهما مستقلا وباسمه الخاص بايجار عمل معين لحساب المتعاقد الآخر وفى مقابل اجر فهاتان الخصيصتان (١)

١) خصيصة القيام بالعمل استقلالا .

٢) خصيصة كون العمل يتم مقابل أجر .

تميزان عقد المقاوله من الباطن عن غيره من العقود التى قد تشتبه به فى حالات خاصة كالبيع والايجار والعمل والوكاله ، وعقود اصحاب المهن الحره ، وعقد الاشغال العامه والوديعة والشركة (٢) .

فعلى اساس خصيصة أن المقاوله من الباطن عقد وارد على عمل ، نستطيع ان تميزها عن العقود الناقله للملكيه كالبيع، والعقود الواردة على الانتفاع بشيء معين كالايجار، وعلى اساس أن المقاول يعمل بإسمه مستقلا، نميز المقاوله عن عقد العمل ، وأخيرا فكون العمل يتم فى مقابل أجر يميز المقاولة عن عقود الخدمات المجانيه .

---

(١) انظر فى هذا البحث - الباب الاول ، الفصل الاول ، المبحث الثانى ، خصائص عقد المقاول من الباطن ص١٧ ومابعدها .

(٢) انظر مزيدا من التفصل فى تمييز عند المقاوله عن غيره من العقود الاخرى د/ محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاوله ط ١٩٦٢ دار النهضة العربية ص١٤ ومابعدها بند ٩ وما بعده .

المطلب الثانى

طبيعة عقد مقاوله البناء

من الباطن فى الفقه الاسلامي

٣٩ - المقاول من الباطن : هو شخص يتعاقد معه المقاول الأصلي ليقوم بتنفيذ جزء من المقاوله المتعاقد عليها مع رب العمل أو يقوم بتنفيذ العمل كله .

الأصل فى التزام المقاول ان يقوم بأداء العمل بنفسه ، لأن المهاره والقدره هى محل اعتبار فى التعاقد ، ولكن جرت العاده بين الناس أن يكل المقاول تنفيذ العمل كله أو بعضه الى مقاول آخر اذا لم يمنعه شرط فى العقد من ذلك ، ولم تكن طبيعة العمل تقتضى ان يقوم المقاول بنفسه ، ويحصل دخول المقاول من الباطن فى المقاولات الكبيره المتشعبه الأعمال عادة ، فمثلا مقاول من الباطن يقوم بمقاولة الأبواب والشبابيك ، وآخر يقوم لمقاوله البلاط وهكذا ، ويقوم المقاول الأصلى بتنظيم العلاقه بين أعمال المقاولين من الباطن فى عمليه البناء .

٤٠ - والمقاول من الباطن كان يعرف عند الفقهاء السابقين بأُجراء الأجير أو عمال الأجير وقال الكاسانى ، وللأجير أن يعمل بنفسه وأجرائه إذا لم يشترط عليه فى العقد ان يعمل بيده ، لأن العقد وقع على العمل، والإنسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره .، ولأن عمل أجرائه يقع له فيصير كأنه عمل بنفسه إلا اذا إشترط عليه عمله بنفسه لأن العقد وقع على عمل

من شخص معين والتعيين مقيد ، لأن العمال متفاوتون فى العمل فيتعين ، فلا يجوز تسلمها من شخص آخر من غير رضا المستأجر (١).

قال الخطاب : " ان صرح بكون العمل مضمونا كقوله استأجرتك على كذا فى ذمتك ان شئت عملته بيدك أوبغيرك ، أو معينا كاستأجرتك على عمل كذا بنفسك فلكل منهما حكمه ، وإن لم يصرح حمل على المضمون اتفاقا إلا أن يعرف أنه يعمل بيده أو كان عمله مقصود الرفقه وإحكامه " (٢)

وواضح من أقوال الفقهاء السابقه فى مسأله التعاقد بين المستأجر والأجير أن العقد فى المقاولة بين رب العمل والمقاول لايخلو من أمرين : إما أن يشترط رب العمل على المقاول العمل بنفسه أو ان يكون عمل المقاول مقصودا لخبرته أو مهارته ففى هذه الحالة يجب على المقاول أن يعمل بنفسه وليس له أن يستنيب غيره فى العمل لوجود الشر ط أو مقتضى عمله بنفسه.

وأما الا يوجد شرط ولا مقتضى لعمله بنفسه وفى هذه الحاله له أن يعمل بنفسه أو بمقاولين من الباطن . والتزام مقاول البناء من الباطن يكون التزاما بنتيجة لأن الهدف النهائى من وراء ابرام عقد مقاوله البناء من الباطن هنا هو إقامه البناء ولاينقضى التزام مقاول البناء من الباطن إلا بتنفيذ التزامه بمقتضى عقد مقاوله البناء من الباطن .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاسانى ج ٤ ص ٢١٠

(٢) مواهب الجليل ، الخطاب ج ٥ ص ٣٩٥ .

الباب الثاني
مسئولية مقاول البناء من الباطن
تجاه مقاول البناء الأصلي

٤١- تقتضى دراستنا لمسئوليه مقاول البناء من الباطن تجاه المقاول الأصلى - والتى تخضع المسئولية فيها للقواعد العامه لأحكام عقد المقاوله - البحث فى محل هذه المسئوليه سواء من حيث الأعمال ، ومن حيث الأضرار وذلك فى مبحثين :

الفصل الأول
نطاق المسئولية من حيث الأعمال

٤٢ - من المتفق عليه فى الفقه التقليدى أن مسئولية مقاول البناء تجاه المقاول الاصلى لها نطاقا محدودا ومقصوره على دائره معينه من الأعمال التى يؤديها مقاول البناء من الباطن دون غيرها ، وهى نفس الاعمال أو بعض منها والتى يلتزم بها المقاول الاصلى بمقتضى عقد المقاوله مع رب العمل ، ونود أن نشير هنا الى ان محل الأعمال التى يلتزم بها مقاول البناء من الباطن والتى تكون مسئوليته تجاه المقاول الأصلى إنما هى المنشآت الثابته ، كما تشمل المسئوليه الأعمال التى يؤديها مقاول البناء من الباطن بمنشآت ثابته أو بعقارات بوجه عام والتى تدخل بحسب طبيعتها ضمن دائره أعمال البناء والتسليم .

ولذا سوف نتحدث فى نطاق مسئوليه مقاول البناء من الباطن عن طبيعة الأشياء محل الأعمال التى يقوم بها مقاول البناء من الباطن ثم نتناول الالتزامات التى يتسبب الاخلال بها وجوب مسئوليه مقاول البناء من الباطن وذلك فى مبحثين :

المبحث الاول

طبيعة الأعمال الموجبة

لمسئوليه مقاول البناء من الباطن فى القانون والفقه

سوف نتناول بالشرح بيان طبيعه الأعمال الموجبه لمسئوليه مقاول البناء من الباطن فى القانون والفقه الاسلامى على الوجه الاتى :

المطلب الاول

طبيعة الاعمال الموجبه لمسئوليه مقاول البناء من الباطن فى القانون

٤٣ - يذهب الفقه التقليدى إلى أن الأصل العام لتطبيق أحكام المسئولية على مقاول البناء من الباطن أن تكون أعماله وارده على المبانى اسوة بمقاول البناء الأصلى ، حيث لا يختلف محل عمل مقاول البناء من الباطن عن محل عمل مقاول البناء الاصلى فهو نفس المحل ، ولكن توسع الفقه الحديث [١] فى بيان مفهوم المبانى حيث يقصد بها كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابته من صنع الانسان بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها وأن توفر الحماية له ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات

---

(١) انظر محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقره ١٠٧ ص ١٢٢ - د/ السنهورى ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ فقره ٦١ - انظر مازو ، مرجع سابق ج ٢ فقره ١٣٦٨ / ٥ ص ٨٠٦ .

الطبيعيه الخارجيه [١] .

ومن أمثلة ذلك الفيلات ، المدارس ، المستشفيات ، العمارات ، المصانع، المساجد ... الخ دون النظر الى المواد التى شيدت بها فلا يشترط ان يكون المبنى قد شيدد بالطوب أو بالحجارة بل يجوز أن يكون مشيدا بالخشب أو بالزجاج أو بأى مادة أخرى كالمعادن أو البلاستيك [٢] بشرط ان تكون مستقره وثابته فى مكانها ومتصله بالأرض بحيث لا يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون هدم أو تلف .

وعلى ذلك نقول بأن الاكشاك والكبائن وغيرها من الاشياء التى يمكن نقلها من مكان إلى آخر بدون تلف لا تتوافر فيها صفة المبانى ولا تكون محلا لعمل مقاول البناء من الباطن [٣] .

---

(١) انظر فى شأن هذا التعريف : اللائحة التنفيذية الصادرة ١٧ نوفمبر سنه ١٩٧٨ فى شأن تحديد نطاق التأمين الاجبارى من مسئولية المعماريين ، الماده (أ - ٢٤١ - ٢) من تقنين التأمين الفرنسى . وقد الغيت هذه اللائحة لعدم دستوريتها فى ١٩٧٩/١١/٣٠ ويرى الفقه الفرنسى بصفه عامه ان هذا التعريف يجمع العناصر المكونه لفكره المبنى فى هذا النطاق الخاص - انظر فى هذا المعنى مودرن ، الوقائع القانونيه للملكيه العقاريه سنه ١٩٨٠ م ص ٢٢٤ ، بوبلى ، مرجع سابق ، فقره ٤٠٢ ص ٢٥٥ ، بيجو ، مرجع سابق ، ص ٨٢ .

(٢) انظر نقض مدنى فرنسى ٢١ /٣ / ١٩٧٩ ، داللوز سنه ١٩٧٩ ص ٦٠٤ حيث قضى بتطبيق المسئوليه الخاصه على العمل الوارد على مبنى تم تشيده من الزجاج بقصد ايواء بعض النباتات والزهور - انظر فى نفس المعنى مازو ، مرجع سابق ، فقره ١٣٦٨ - ٤ هامش - السنهورى مرجع سابق ، ص ١٠٧ فقره ٦١ .

(٣) انظر محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ١٢٥ فقره ١٠٧ هامش (٢) السنهورى ، مرجع سابق، ص ١٠٨ فقره ٦١ ويصدق ذلك من باب أولى على المنقولات من أى نوع كان مثل السيارات ، السفن انظر فى هذا المعنى : نقض مدنى فرنسى ١٩٤٧/٢/١١ ج . ك . ب- ٢ - ٢- ٢٤٨٢ - نقض فرنسى ١٩٦٣/٣/٦ داللوز سنه ١٩٦٣ ص ٥٠١ - انظر ايضا مازو ، مرجع سابق فقره ١٣٦٨ - ٥ ص ٨٠٥ ، ٨٠٦ .

٤٣ - ولكن نتسأل عن حكم المنشآت الثابته الأخرى غير المبانى ؟ هل تكون محلا لعمل مقاول البناء من الباطن وبالتالى مسئوليته عنهاأم لا ؟

- اجمع الفقه المصرى [(١)] والفرنسى [(٢)] على أن المنشآت الثابته غير المبانى مثل الجسور والقناطر والخزانات والانفاق ، وغيرها تتحقق فيها مسئولية مقاول البناء من الباطن لأنها يمكن أن تتعلق بغير المبانى من المنشآت الثابته الاخرى .

أما بالنسبه للمبانى التى تكون فى مستوى سطح الارض أو دون مستوى الأرض مثل حفر الآبار وحفر احواض السباحه ورصف الطرق فرأى غالبيه الفقه أنها من قبيل المنشآت الثابته ايضا لأنه لا يتعين فى المنشآت الثابته بالمفهوم الواسع أن تكون فوق الأرض بل يصح أن تكون تحت الأرض أو فى مستواها [(٣)] .

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، مرجع سابق فقره ٦١ ص ١٠٨ - د/ محمد كامل مرسى ، العقود المسماه ج ٤ فقره ٥٩٦ ص ٤٤٩ طبعه ١٩٥٣ م - د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق فقره ١٠٧ ص ١٢٦ .

(٢) انظر فى الفقه الفرنسي: بوبلى ، مرجع سابق ، فقره ٣٧٥ ص٤٢١ - بيجو ، مرجع سابق فقره ٨ مازو ، مرجع سابق ٣ ج ٣ فقره ١٣٦٨ - ٥ ص ٨٠٦ ، كوستا ، مسئوليه المعماريين وفقا لقانون ٤يناير سنه ١٩٧٨ داللوز سنه ١٩٧٥ ص ٣٦ .

(٣) د/ محمد كامل مرسى ،مرجع سابق ، فقره ٥٩٦ ص ٤٩٩ - السهنورى ، مرجع سابق ، فقره ٦١ ص ١٠٨ - نقض مدنى مصرى ١٩٧٥/٥/٢١ م السنه ٢٦ ق ص ١٠٤٨ (فى ضمان سلامه حوض للسباحه وساحة لكره السله) ، انظر مالان فو وجستار ، القانون العقارى ، فقره ١٤٤ ص ١٦٩ طبعه ١٩٨٠ .

٤٥ - أما فيما يتعلق بطبيعة التزامات مقاول البناء من الباطن والتى يترتب على الاخلال بها تحقق مسئوليته تجاه مقاول البناء الاصلى ، فإنه من المعروف انه طبقا للقواعد العامه فى المسئولية العقديه يتوقف على تحديد ما إذا كان المدين (مقاول البناء من الباطن) قد أخل بتنفيذ التزامه أم لا ، ومن ثم تحقق مسئوليته العقديه ، وتتوقف ايضا على طبيعة هذا الالتزام نفسه وما إذا كان التزام بتحقيق نتيجة أو بمجرد بذل عنايه .

ونقول : إن مسئولية مقاول البناء من الباطن تتحقق اذا لم يقم بتنفيذ عمله خاليا من العيوب ، أى يجب عليه ان ينفذه وفقا للأصول الفنيه [1] ، بمعنى أن مقاول البناء من الباطن يلتزم بتحقيق نتيجة ، أى أنه يكفى أن يقيم مقاول البناء الأصلى الدليل على وجود العيب دون أن يكلف باثبات الخطأ الذى أدى إلى العيب [2] .

---

(1) V. Fossereau P. 23; Mazeaud (H,L.J) PP 80 et 81 No:1070-6 et P.90 et 91 No: 1070-10 et P. 102,103 No. 1070-14, Jestaz (ph) G.P. 1969 Prècitè P.226Col 2.le Bap tonnier Deschizeaux et ledirecteur Francon Cites par Padis (p) GP . 1969 - 1 - doct - p 195 col 2 no 26, Plancoueel (A) notes . Civ 14/12/1964 D 1965- I- P - 409 - Soinne These Lille precite T. 2 - p . 580 et & rappro : Corun R.T 1962 Precite p. 672 no. 5,liet-veaux (G) : apropos de l'arret sogorb . Gp. 1960-7-doct-p.51.

وقد ذهب البعض الاخر : الى القول بأن مسئولية مقاول البناء من الباطن انما لا تتحقق الا اذا ثبت خطأ فى جانبه اى انهى يلتزم ببذل عنايه لأنه مهما بذل من جهد وحرص فى تنفيذه لاعمال فانه لايمكن اغفال دور المصادفات التى يمكن ان تحدث ويبدو أن القضاء الفرنسى يأخذ بهذا الاتجاه - أنظر Civ 5/7/1956, D.195-7-719

(2) Ence sens : Mazeaud (H,L.J) P. 81 No . 1070 -6)

هذا وقد أيدت محكمه النقض المصريه هذا الاتجاه بقولها " إن التزام المقاول هو التزام بنتيجة وهى بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتينا ... وأن الأخلال بهذا الالتزام يقوم لمجرد اثبات عدم تحقق تلك النتيجة ، دون حاجه لاثبات خطأ ما .. [١] .

هذا ويبقى التزام مقاول البناء من الباطن بمعاونه مقاول البناء الأصلي، وما يتضمنه من واجب الاعلام والاشارة بالرأى التزاما ببذل عنايه أى انه يكون مجرد التزام بوسيلة[٢] .

المطلب الثاني

طبيعة الاعمال الموجبه لمسئولية

مقاول البناء من الباطن فى الفقه الاسلامي

٤٦ – ذكرنا من قبل [٣] أن عقد مقاولة البناء لم يكن معروفا لدى فقهاء المسلمين كعقد مستقل بهذه التسمية ، وإنما كان يعرف ضمن عقود أخرى مسماه فى الفقه الاسلامى ، فكان عقد مقاولة البناء يجمع بين عده عقود فى الفقه الاسلامى هى عقد الاجاره [٤] ، وعقد الاستصناع (عند

(١) نقض مصرى ١٩٧٠/٦/٢٣ مجموعة احكام النقض السنه ٢١ص ١٠٦٨ رقم ١٧١ : وفى نفس المعنى نقض ١٩٦٥/٦/١٠ نفس المجموعه السنه ١٦ ص ٧٣٦ وقم ١١٧ . بند ٥ .

(2) Caston . P. No. 49 : Moderne Cite par caston P. 38 note 19. liet - veaux cite par caston precite , fossereau p.23.
Civ : 10/7/1978 cite par caston . p. 38 note 20, et contr : soinne these precite T 2 P. 571 ets.

(٣) انظر الفصل التمهيدى من هذا البحث، ص٩ بند ٨ ومابعده .

(٤) عقد الاجاره : " عقد على منفعه مقصوده معلومه قابله للبذل والاباحه بعوض معلوم " انظر كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار ، ابى بكر الحسينى ج ١ ص ٥٨٤ ، الطبعة الثالثة ، الشئون الدينيه بدولة قطر (فقه شافعى)

الحنفيه) [١] أو السلم [٢] (عند الجمهور)

وبالنظر إلى واقع مقاولات البناء أو البناء من الباطن فى هذا العصر نجد أنها تحتوى على هذين العقدين فعلا بالاضافه الى أن هناك عقدا آخر لم يذكره الفقهاء ، وهو عقد الجعالة [٣].

إلا أن الفقهاء اتفقوا على جواز عقد الاجاره على العمل ومنه البناء سواء بواسطة مقاول النباء الأصلى أو مقاول البناء من الباطن [٤] . ولكن ما هو موقف الفقه الاسلامى من الاعمال التى يقع عليها عقد اجارة الاعمال الموجبه لمسئولية مقاول البناء من الباطن ؟

إن عقد مقاولة البناء من الباطن يشتمل على عقدين مسميين فى الفقه الاسلامى هما عقد الاستصناع وعقد استئجار الأجير المشترك[٥] ، ولذا فإن عقد مقاولة البناء من الباطن لدى الفقه الاسلامى يكون محله أعمال البناء اى إقامة البناء والمنشآت الثابته وعليه يجب بيان آراء الفقهاء فى الفقه الإسلامى فى مفهوم البناء الثابت الذى يكون محلا لعقد مقاولة البناء من الباطن ، وبالتالى سببا فى مسئوليته حيث اختلفت آراء الفقهاء فى بيان طبيعة البناء الثابت هل عقارا أم منقولا على الوجه الآتى :

---

(١) ، (٢) (٣) ، سبق تعريف الاستصناع ، السلم ، الجعاله فى الفصل التمهيدى من هذا البحث ص ١١ ومابعدها .

(٤) انظر المغنى والشرح الكبير – ابن قدامه ، ج٦ ، ص ١٠٥ / ١٠٦ – البدائع للكاسانى ، ج ٤ ص ١٤٧ الطبعه الاولى ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م مطبعه الجماليه بمصر .

(٥) انظر مجلة هدي الاسلام ، علي عيد ابو البصل ص ٢٣١ صادره من وزارة الاوقاف الاردنية ، العدد السادس ، المجلد (٣٢) طبعة ١٤٠٨هـ – د./ وهبه الزحيلي ، مرجع سابق (العقود المسماه) ص ٢٧٥ ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة سنه ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م م. دمشق .

٤٧ - أراء الفقهاء فى طبيعه البناء :

الرأى الأول : ذهب إلى أن المنشآت الثابته هى العقار حيث يشمل البناء والغراس [١] فالعقار يشمل الغراس ، ويشمل البناء لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار ولأنهما ثابتان غير قابلين للانتقال وهما على شكلهما ، بل تتغير حالهما فيتحول الغراس الى احطاب، والبناء الى انقاض ، وهذا الثبات يكفى فى اعتبارهما عقارا كالارض [٢].

أما الرأى الثانى : ذهب جمهور الفقهاء فى معرض حديثهم عن الشفعه الى أن العقار يشمل الارض فقط وهو " مالايمكن نقله وتحويله من مكانه " والذى لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه إنما هى الأرض سواء أكانت أرض زراعيه أم معده للزراعه أو البناء أو أى انتفاع آخر . وما عدا ذلك يعتبر من المنقول لأنه لاقرار له عندهم وإن أتصل بالأرض [٣] ، ووفقا لهذا

---

(١) انظر الشرح الكبير ، احمد الدردير ج ٣ ص ٤٧٩ ، دار الفكر بيروت .

(٢) الملكية ونظريه العقد فى الشريعة الاسلامية ، ابو زهره ص ٦٥ دار الفكر العربى سنه ١٣٩٦ سنه ١٩٧٠.

(٣) جاء فى فتح القدير ، احمد افندى ، ج ٧ ص ٤٣٤ " واذا تهدمت الدار أو آحترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد ما كالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن ، لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن " .
وقال فى الهدايه ، شرح بدايه المبتدى ، شيخ الاسلام المرغينانى ج ٧ ص ٤٧٥ " ولا شفعه فى البناء والنخل اذا بيعت دون العرضه (وهى كل بقعه بين الدور واسعه ليس فيها بناء ، انظر مختارالصحاح - الرازى ص ٣٧٣) وهو الصحيح مذكور فى الاصل لأنه لاقرار له فكان نقليا " - انظر روضه الطالبين ، للنووى ج ٥ ص ٦٩ ، المكتب الاسلامى - بيروت - لبنان .

المفهوم فإن البناء الذى يكون محل عقد مقاولة البناء من الباطن لا يعتبر عقارا إنما يلحق بالمنقول ، وإذا ثبتت فيه الشفعه انما يكون بالتبعية للأرض.

والراجح عندى : أن البناء وما يتصل بالارض من المنشآت الأخرى اتصال قرار يعتبر عقارا أصالة ، كما ذهب الى ذلك اصحاب الرأى الأول ، ولا تدخل أحكامه تبعا للأرض ، كما ذهب الى ذلك الجمهور .

وسبب الترجيح : أن البناء وما يتصل بالأرض اتصال قرار لا يمكن ازالته إلا بهدمه وتغيير صورته تغيرا كليا ، ولأن فى هذا العصر قد تعددت الانشاءات الضخمه من تشييد مبان وسدود وخزانات ... الخ فأصبحت أحكامها فى حاجة إلى ضوابط عامه تضبطها .

المبحث الثاني
أسباب مسئولية مقاول
البناء من الباطن فى نطاق الاعمال

٤٨ - يرتبط مقاول البناء من الباطن مع مقاول البناء الأصلى بعقد يحكم العلاقه بينهما وهو عقد مقاوله [١] ولذا نجد أن العلاقة بينهما تخضع للاحكام الوارده فى عقد المقاوله كأى عقد مقاوله وخاصه أن كلمة مقاوله وردت بصورة مطلقة دون تمييز ، ولذا فإن أحكام عقد المقاولة تنطبق على المقاوله الأولى (بين رب العمل ومقاول البناء الاصلى) أو الثانيه (المقاوله من الباطن بين مقاول البناء الاصلى ومقاول البناء من الباطن)

وبالتالى تنطبق على العلاقه بين مقاول البناء الاصلى ومقاول البناء من الباطن ولكن سنوضح فيما بعد [٢] ان هناك مسئولية خاصه واحكام خاصة تنص عليها المادة ٦٥١ مدنى مصرى تنطبق على المقاوله الأولى أى التى بين رب العمل ومقاول البناء الاصلى ولا تنطبق على المقاول الثانيه أى بين مقاول البناء الاصلى ، ومقاول البناء من الباطن وهى ما تسمى بالمسئولية العشرية لأنها وردت بنصوص خاصه وتمثل ضمانا استثنائيا يقع على المهندس المعمارى والمقاول الأصلى .

---

(1) Lier- Veaux : le droit de la construction 7 edition 1982 page 272

(٢) انظر رأينا فى هذه المسأله فى هذا البحث تحت عنوان " مدى انطباق المسئوليه العشريه على العلاقه بين الاصلى ومقاول البناء من الباطن ص ١٣٦ ومابعدها - الفصل الاول من الباب الثالث.

وعليه فإن مقاول البناء من الباطن يتحمل بالالتزامات العامه التى تقع على كل مقاول نحو رب العمل فإذا ما أخل بها أو بأحد منها تحققت مسئوليته تجاه مقاول البناء الأصلى ، والالتزامات التى اذا ما أخل بها مقاول البناء من الباطن تحققت بسببها مسئوليته المدينه تجاه مقاول البناء الأصلى هى :

أ - اخلاله بانجاز العمل على وجه سليم

ب - اخلاله بتسليم العمل

جـ - اخلاله بالضمان

وسوف نتناول كل سبب من هذه الاسباب فى مطلب على الوجه الآتى

المطلب الاول

الاخلال بانجاز العمل على وجه سليم

٤٩ - ان الالتزام الرئيسى الذى يترتب فى ذمة مقاول البناء من الباطن هو الالتزام بانجاز العمل حيث تطبق احكام المادة ٦٥٠ مدنى مصرى وهى تنص على أنه إذا ثبت اثناء سير العمل ان المقاول قام بتنفيذ العمل على وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ .

ومعنى ذلك أن مقاول البناء من الباطن عليه أن يقوم بانجاز العمل على وجه غير مناف للعقد والعبره هنا بعقد مقاول البناء من الباطن ، ولا يعنى ذلك انه ليس هناك قيمة لعقد مقاول البناء الاصلى مع رب العمل بل أنه لا يجوز لعقد مقاول البناء من الباطن أن يخالف الشروط الرئيسيه لعقد

مقاول البناء الأصلى ، والا كان هناك اختلاف فى المحل ، ولهذا يجب أن يتناول عقد مقاول البناء من الباطن العمل ذاته أو كله ويجب أن ينفذه وفق التصميم الذى قدمه رب العمل فإذا خالف عقد مقاول البناء من الباطن العقد الأصلى فى شروطه الجوهريه – وخاصة الوارده فى دفتر الشروط فى مقاولات البناء اذا وجد هذا الدفتر (١) – فإنه يقع باطلا ويفقد وصف العقد من الباطن .

ولذا نقترح : أن يدرج شرط فى عقد مقاول البناء من الباطن يلزم مقاول البناء من الباطن باعتبار عقد مقاوله البناء الاصلى جزءا لا يتجزأ من الباطن فيما لم يرد مايخالفه ، وهذه هى الوسيله الوحيده لالزام مقاول البناء من الباطن باحترام عقد مقاوله البناء الأصلى لأنه أجنبى عنه ، فيجب أن يأتى التزامه باحترامه بمقتضى شرط فى عقده (٢) ، ولذا نجد أنه من الفائده تقييد حق مقاول البناء الأصلى فى التعاقد من الباطن على موافقه رب العمل ، و يجب على المشرع أن يجعل هذا القيد بمقتضى نص القانون ولا يتركه للاتفاق.

– أما اذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف وبخاصه أصول الصناعه والفن تبعا للعمل الذى يقوم به المقاول فلصناعه البناء أصول معروفه تجب مراعاتها دون حاجة لذكرها فى العقد(٣)

---

(١) بلانبول وريبير ورواست مرجع سابق ، ج ١١ فقره ١٢٤ ص ١٦٠ .

(٢) انظر انور طلبه ، نمازج العقود والتصرفات ، النموزج رقم ١٧٤ .

(٣) انظر السنهورى ، مرجع سابق ، ص ٨١ بند ٣٧ .

٥٠ - وعلى ذلك اذا اخل مقاول البناء من الباطن بالشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التى تمليها أصول الصناعه وعرفها وتقاليدها ، واثبت مقاول البناء الأصلى ذلك تحققت مسئوليته المدنيه تجاهه دون حاجة لأن يثبت مقاول البناء الاصلى خطأ فى جانب مقاول البناء من الباطن ،فإن مخالفة هذه الشروط هى ذاتها خطأ [1].

ولا يمكن لمقاول البناء من الباطن أن يتخلص من هذه المسئولية الا باثبات السبب الاجنبى أى أن أخلاله بتلك الشروط انما كان بسبب قوة قاهره أو حادث فجائى أو خطأ من مقاول البناء الأصلى أو فعل الغير[2]، بشرط الا يكون ذلك مسبوقا بخطأ منه وإلا كان مسئولا بقدر هذا الخطأ[3]، وذلك لأن التزام مقاول البناء من الباطن بانجاز العمل فى المده المتفق عليها أو فى المدة المعقوله التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عنايه ، فلا يكفى لاعفائه من المسئولية من التأخيرأن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى انجاز العمل فى الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك [4] ، بل عليه أن

---

(١) انظر محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقره ٧٠ ص ٩٠ - عكس ذلك ، دى باج ، عقد المقاوله ،الطبعة الثانيه بروكسل سنه ١٩٥١ فقره ٨٨٠ ص ٩٠٧ .

(٢) انظر مازو ، مرجع سابق ، ج ٣ فقره ١٣٤٧ ص ١١١٥ .

(٣) انظر بلانيول وريبير ورواست ، مرجع سابق ، ج ١١ فقره ٩٢٤ ص ١٦١ - نقض فرنسى ١٨٩٢/٧/٣ دالوز ٩٣-١-٥٩٤ انسيكلوبيدى - دالوز ٣ louage d'ouret et d'ind فقره ٥٠ .

(٤) انظر د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقره ٧٥ ص ٩٣ - بوردى " وفال ، مرجع سابق ، ج٢ فقره ٣٨٩٧ ص ١٠٨٤ حيث قالا" حتى لو ثبت ان المدة المحددة لم تكن كافية أصلا لانجاز العمل فإنه يكون مخطئا لقبول الالتزام بانجاز العمل فى هذه المدة غير الكافية " .

يثبت السبب الاجنبى حتى تنتفى علاقة السببيه وبالتالى لا تتحقق المسئولية.

- كما يلتزم مقاول البناء من الباطن بأن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها ، وإن لم يكن هناك اتفاق على مدة معينه فإن يلتزم بانجازه فى المدة المعقوله ، والتى تسمح بإنجازه وفقا لطبيعته ومقداره وما يقتضيه من دقه وتبعا لعرف الحرفة [١] .

وان كانت سلطة مقاول البناء الأصلى ومقاول البناء من الباطن مقيده فى هذا الشأن بالتعديل الذى أدخلته المادة ٦ مكرر من القانون رقم ٢٥ سنه ١٩٩٢ حيث نصت لائحته التنفيذيه على أنه " يجب أن يصدر ترخيص البناء بالاسكان متضمنا تحديدا المدة التى يجب على المالك اتمام البناء خلالها واعداده للسكن بما لا يجاوز خمس سنوات من تاريخ صدور الترخيص المبدئى للمرحلة الأولى [٢] ، ومع مراعاة حكم المادة (٩) [٣]

---

(١) انظر السنهورى ، مرجع سابق ، ص ٢٧٣ بند ١٢٢ .

(٢) نصت المادة ٦ مكرر والمضافه بالقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٩٢ م المعدل للقانون رقم ٣٠ لسنه١٩٨٣ م والمعدل للقانون رقم ١٠٦ لسنه ١٩٧٦ م على أنه " يكون الترخيص بتنفيذ الاعمال الوارده بالرخص على مرحلتين: المرحلة الأولى : ويصرح فيها بتنفيذ أعمال الاساسات حتى منسوب ارضيه الدور الارضى ،. المرحله الثانيه : ويصرح باستكمال باقى الأعمال المرخص بها اذا التزم المرخص بأحكام القانون ولا ئحته التنفيذية .

(٣) نصت المادة ٩ من القانون رقم ١٠٦ لسنه ١٩٧٦ م فى شأن توصيه وتنظيم أعمال البناء على أنه " اذا مضت سنه واحدة على منح الترخيص ، دون ان يشرع صاحب الشأن فى تنفيذ الأعمال المرخص فيها، وجب عليه تجديد الترخيص ، ويكون التجديد لمدة سنه واحده فقط تبدأ من انقضاء السنه الأولى ، ويتبع فى تقديم طلب التجديد وفحصه والبت فيه الأحكام التى تبينها اللائحه التنفيذيه ، وفى تطبيق حكم هذه المادة لا يعتبر شروعا فى التفنيذ اتمام أعمال الحفر الخاصه بالاساسات.

يتعين على الوحدة المحلية متابعة استكمال المباني المرخص بها في المدة المحدوده بالترخيص ، وأن تنبه على ذوي الشأن بكتاب موصى عليه مصحوبا بعلم الوصول فور انقضاء هذه المدة بضرورة استكمال الاعمال خلال المدة التي تحددها بما لا يتجاوز سنه من تاريخ التنبيه "

وعلى ذلك: فإن مقاول البناء الأصلي وبالتالي مقاول البناء من الباطن يلتزمان بتلك المدة التي نص عليها المشرع وهي ما تمثل المده المعقوله من وجهه نظر المشرع فإذا ما أخل مقاول البناء من الباطن بذلك جاز لمقاول البناء الاصلي أن يطلب التنفيذ العيني ، كما يستطيع طلب فسخ عقد مقاولة البناء من الباطن ، وله أن يطلب التعويض عن الاضرار التي لحقت به من جراء التأخير في التنفيذ عن الموعد المحدد .

وبمراجعة نص المادة ٦ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ نجد ان المشرع يتجة الى تقييد الأعمال التي يشملها ترخيص البناء وبالتالي يجب الا يتفق مقاول البناء الاصلي مع مقاول البناء من الباطن على مدد تزيد عن تلك التي حددها المشرع لاقامة كل مرحلة وإلا الغيت رخصه البناء وهنا نجد ان المشرع يقوم بتعقيد اجراءات استخراج الرخصه الأمر الذي سيدعوا العديد من الملاك والقائمين.باستثمار أموالهم في قطاع الاسكان الى الهروب بأموالهم من هذا القطاع الى غيره وبالتالي سيؤدي إلى هروب رأس المال من المباني الأمر الذي سيؤدي بلاشك إلى زيادة المشكلةالسكانية وزيادة البطالة لعدم استخدام الأيدي العامله في قطاع الأسكان، **ونرى** أن هذا التعديل لا أساس له من الصحة أو الشرعية ويجب الغاؤه اذ أنه يجب

تيسير اجراءات استخراج الترخيص وأيضا تيسير تنفيذ أعمال البناء وليس العكس .

٥١ - وعند الأخلال بهذا الالتزام من قبل مقاول البناء من الباطن يكون لمقاول البناء الاصلى فى هذه الحالة تطبيقا للقواعد العامه . اما أن يطلب التنفيذ العينى بشرط أن يكون ذلك لازال ممكنا وذلك بواسطة مقاول آخر على نفقه مقاول البناء من الباطن (١) .

ويجب أن يعذر مقاول البناء الاصلى مقاول البناء من الباطن طبقا للقواعد العامه ، ويجوز له فى حالة الاستعجال كما فى الاذن بترميم منزل آيل للسقوط أن ينفذ مقاول البناء الاصلى على نفقة مقاول البناء من الباطن دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدني) ، كما يحق لمقاول البناء الاصلى أن يطلب فسخ عقد مقاولة البناء من الباطن اذا كان الاخلال بالالتزام يبرر الفسخ (٢) ، وللقاضى طبقا للقواعد العامه أن يجيب مقاول البناء الاصلى الى الفسخ كما ان له ان يمهل مقاول البناء من الباطن حتى يقوم بتنفيذ التزامه ويحق لمقاول البناء من الباطن أن يعرض قبل النطق بالفسخ أن ينفذ التزامه فلا يحكم القاضى الفسخ ولكن يقضى بالتعويض أن كان له محل .

وسواء طلب مقاول البناء الاصلى التنفيذ العينى أو الفسخ ، كان له ان يطلب تعويض عن الضرر الذى اصابه من جراء اخلال مقاول البناء من

---

(١) بودرى وفال ، مرجع سبق ج ٢ فقره ٣٩٠١ - انسيكلوبيدى - داللوز ٣ لفظ louage douv et d'ind فقره ٥٥ - استئناف مختلط ، مايو سنه ١٩٠٦ م ٨ ص ٢٢٣ .

(٢) نقض مدنى مصرى ١٩٥٤/٤/٢٢ م مجموعه احكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨ .

الباطن بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل وذلك طبقا للقواعد العامه [(١)] .

هذا وقد يكون هناك شرط جزائى متفق عليه فتسرى احكامه [(٢)] ، ويجوز تخفيضه الى مقدار ما تحقق من ضرر ، كما يجوز الاعفاء منه اذا لم يقع ضرر اصلا [(٣)]

٥٢ – وبمناسبة انجاز العمل نتسآل عمن يلتزم بتقديم المواد التى يحتاج اليها مقاول البناء من الباطن فى تنفيذ العمل ؟ ومن الذى يلتزم باحضار الادوات والمهمات التى تستعمل فى انجاز البناء ؟

– بداية نشير إلى أن مقاول البناء من الباطن قد يحتاج الى أيد عامله ومساعدين يعاونونه فى انجاز العمل ، ففى هذه الحالة تكون أجور العمال والمقاولين على مقاول البناء من الباطن مالم يقض الاتفاق أو عرف الحرفه بغير ذلك .

اما بالنسبه للمواد الأوليه التى يحتاج اليها مقاول البناء من الباطن، والأدوات والمهمات التى تستعمل فى البناء فالحكم يختلف فى الحالين .

٥٣ – **أولا : بالنسبة للمواد الاوليه** : نجد ان المادة ٦٤٨ مدنى مصرى نصت على التزام رب العمل وهو هنا مقاول البناء الأصلى بتقديمها لمقاول

---

(١) جرينويل ١٩٥٦/٥/٣١ م داللوز ١٩٥٦ – ٤٩١ – انظر محمد لبيب شنب فقره ٧٥ ص ٩٣ هامش٢

(٢) استئناف مصر ١٩٤٠/١١/٣٠ ، المحاماه ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥ .

(٣) نقض مدنى ٥ ابريل سنه ١٩٥١ ، مجموعه أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٤٢ .

البناء من الباطن ولو لم يتعهد صراحة بذلك، ولم يرد ما يخالفه حيث لايتعهد مقاول البناء من الباطن بتحملها الا اذاتعهد صراحة بذلك . اى أن الأصل : هو تحمل مقاول البناء الأصلى بتقديم المواد الأولية الى مقاول البناء من الباطن مالم يوجد اتفاق بخالف ذلك .

يتعهد مقاول البناء من الباطن بتحملها الا اذاتعهد صراحة بذلك . أى أن الأصل : هو تحمل مقاول البناء الأصلى بتقديم المواد الأولية الى مقاول البناء من الباطن مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك .

- فإذا لم يتعهد مقاول البناء الاصلى تجاه رب العمل بتقديم المواد الاوليه : فإن المقاول من الباطن لا يصح ان يتعهد بذلك فى عقد مقاوله البناء من الباطن حيث يلتزم رب العمل بتقديم المواد الاوليه الى مقاول البناء الاصلى الذى يلتزم بدوره بتسليمها الى مقاول البناء من الباطن، ويحق لمقاول البناء من الباطن أن يطالب باسم مدينه رب العمل بتقديمها بطريق الدعوى الغير مباشره ، فإذا أخل مقاول البناء الأصلى بهذا الالتزام يترتب عليه مسئوليته المدنيه تجاه رب العمل أو تجاه مقاول البناء من الباطن ، ولا يجوز له إستبدالها أو التصرف فيها أو اتلافها لأن ذلك قد يعرضه للمسئولية المدنيه والجنائيه تجاه رب العمل وهى تتمثل فى التنفيذ العينى، اى الزامه باحضار مواد من نفس الصنف والجوده مع التعويض عن الضرر اذا ترتب على ذلك تأخير فى انجاز العمل ، ويجب على مقاول البناء الأصلى ان يقدمها بالكيفية المتفق عليها فى عقد المقاوله من الباطن سواء دفعه واحده او على دفعات ، واذا لم يكن هناك اتفاق على ذلك فإنه يجب تقديمها

بالكيفية التى يقضى بها العرف ، واذا تخلف عن التسليم كان لمقاول البناء من الباطن ان يدفع بعدم التنفيذ وأن يطلب الفسخ أو يطلب التنفيذ العينى الجبرى وذلك باستئذان القضاء فى شراء المواد الأوليه على نفقه مقاول البناء الأصلى ، وله فى حاله الاستعجال أن يقوم من تلقاء نفسه بالتنفيذ على نفقه مقاول البناء الأصلى الذى له أن يرجع بدوره على رب العمل اذا كان الاخلال بالتسليم راجع اليه بمقتضى عقد المقاوله الأصلى وعليه فيما بعد أن يرجع إلى القضاء لاقرار الاستعجال والحصول على ما انفقه .

- وعلى العكس اذا تعهد مقاول البناء الأصلى بتقديم المواد الأوليه فإنه يستطيع ان ينقل هذا الالتزام إلى مقاول البناء من الباطن ، لأن ذلك لايتعارض مع عقد المقاوله الأصلى .

- فإذا كان مقاول البناء من الباطن هو الذى تعهد بتقديم المواد الأوليه التى يستخدمها كالأدوات الصحه أو الشبابيك أو الطوب أو الأسمنت كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها تجاه مقاول البناء الأصلى ، كما يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها فى المادة الأوليه، واذا لم توجد شروط متفق عليها يلزم توافرها فى المواد الأوليه عليه أن يختار الماده التى تفى بالغرض المقصود فى عقد مقاولة البناء من الباطن أو مما هو ظاهر من طبيعة الشى أو الغرض الذى أعد له (م ٤٤٧ / ١ مدنى مصرى)، واذا لم يتم الاتفاق على درجة الجوده للمواد الاولية أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من اى ظرف آخر ، التزم بأن بأن يقدم ماده من الصنف

المتوسط (م ١٣٢ / ٢ مدنى مصرى) [(١)] .

– كما يضمن مقاول البناء من الباطن ضمان العيوب الخفيه التى توجد فى الماده التى يقدمها حتى ولو لم يكن عالما بوجودها (م ٤٤٧ /١ مدنى مصرى) ولكن لا يضمن عيبا جرى العرف على التسامح فيه [(٢)] (م ٤٤٨ مدنى مصرى) .

ولا يضمن مقاول البناء من الباطن العيوب التى كان مقاول البناء الأصلى يعرفها وقت تمام صنع الشيء أو كان يستطيع ان يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشيء بعنايه الرجل العادى الا اذا أثبت مقاول البناء الأصلى ان مقاول البناء من الباطن قد اكد خلو الشيء من هذا العيب أو أثبت أن مقاول البناء من الباطن قد تعمد اخفاء العيب غشا منه (٦ ٤٤٧ / ٢ مدنى مصرى).

ويجب على مقاول البناء الاصلى عند اكتشافه للعيب ان يخطر به مقاول البناء من الباطن، والا أعتبر قابلا للشيء بما فيه من العيب (م٤٤٩/٢ مدنى) وذلك فى الوقت الملائم (م ٤٥٠ مدنى) ويحق له أن يرجع عليه بالضمان المنصوص عليه فى المادة ٤٤٤ مدنى مصرى .

٥٤- ثانيا : بالنسبه للأدوات والمهمات اللازمه لانجاز العمل :

فإن الأمر فيها يختلف عن المواد الأوليه فإنها تقع على عاتق مقاول البناء من الباطن دون حاجه الى اشتراط ذلك فى العقد، مالم يتفق أو

---

(١) . (٢) انظر محمد لبيب شنب ، مرجع سابق، فقره ١٠١ ص١١٦ .

يقضى عرف المهنه بخلاف ذلك ، حيث يجب عليه ان يأتى بها على نفقته، سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه او لم يكن .

- أما إذا تعهد رب العمل لمقاول البناء الاصلى بتقديم الادوات فعليه التزام بتسليمها بذاتها لمقاول البناء من الباطن ، ويقع التزام على مقاول البناء من الباطن بتسليمها وإلا كان مخلا بالتزامه بانجاز العمل ، ولا يجوز فى عقد مقاوله البناء من الباطن الاتفاق على خلاف تعهد رب العمل سواء كان هذا التعهد مصدره العرف أو الشرط الصريح فى عقد مقاولة البناء الأصلى .

- أما اذا لم يوجد التزام على رب العمل بتقديم الأدوات والمهمات فإن مقاول البناء الأصلى يجوز أن يتعهد بتقديمها ، ويجوز أن يتفق على تحمل مقاول البناء من الباطن وذلك خلافا لما جرى عليه العرف الذى يضع على مقاول البناء الأصلى التزاما بتقديمها (١) .

٥٥ - ولكن ما مدى مسئولية مقاول البناء من الباطن بصدد انجاز البناء فى حاله وفاة مقاول البناء الأصلى اثناء انجازه ؟

وما مدى مسئولية ورثته فى حالة وفاة مقاول البناء من الباطن ؟

بداية تشير إلى أن عقد مقاول البناء من الباطن يرتبط بعلاقة تبعيه بعقد مقاول البناء الأصلى مع رب العمل وعلى ذلك فإذا ماتوفى مقاول البناء الاصلى فإنه يترتب على ذلك انقضاء عقد مقاوله البناء الأصلى إذا كانت

---

(١) انظر مصطفى الجارحى ، مرجع سابق ص ٤٩ .

مؤهلاته الشخصيه محل اعتبار فى التعاقد وبالتالى ينقضى عقد مقاوله البناء من الباطن أما اذا لم تكن شخصيه مقاول البناء الأصلى محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل أن يتحلل من العقد إلا وفقا للحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ مدنى مصرى إلا اذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافيه لحسن سير العمل. وفى هذه الحاله تتحدد حقوق مقاول البناء من الباطن بناء على نص المادة ٦٦٧ / ١ مدنى مصرى والتى تنص على انه " فى حالة وفاة المقاول الأصلى يجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ماتم من الأعمال وما انفق لتنفيذ مالم يتم، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات "

هذا ويجب على تركة مقاول البناء الأصلى ان ترد بدورها هذه المبالغ إلى مقاول البناء من الباطن لأنه قام بهذه الاعمال بسبب عقد مقاولة البناء من الباطن ، وذلك بشرط الايثرى مقاول البناء من الباطن من وراء ذلك شيئا.

ويحق لرب العمل أن يطالب بتسليم الموادالتى اعدها والرسوم التى بدء فى تنفيذها على ان يدفع عنها تعويضا عادلا (م ٦٧ ٦/٢ مدنى مصري).

---

(١) نصت المادة ٦٦٣/١ مدنى مصرى على أنه " لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل اتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات ، ما انجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه اتم العمل . – ومن الحالات التى يمكن لرب العمل ترك الصفقه دون اى تعويض تلك التى يستحيل على رب العمل فيها أن يحقق الغرض المنشود من المقاوله بسبب عيوب الشيء موضوع العقد ، انظر مجموع الاعمال التحضيريه ، ج ٥ ص ٥٦ ، مذكره المشروع التمهيدى للماده ٦٦٣ مدنى مصرى .

- اما اذا لم ينقض العقد الاصلى ولم يحدث تحلل منه ،كأن يستمر العقد لصالح ورثة مقاول البناء الاصلى، فإن عقد مقاولة البناء من الباطن لا ينفسخ بل يستمر لصالح الورثه .

أما فى حاله وفاه مقاول البناء من الباطن : فإن عقد مقاولة البناء من الباطن يلحقه انفساخ أو يتحلل منه مقاول البناء الأهلى، وذلك لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبى، ويجب على مقاول البناء الأصلى ان يدفع لتركه مقاول البناء من الباطن قيمه ماتم انجازه من الأعمال وما انفق لتنفيذ مالم يتم، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات، ولا يترتب على انفساخ او تحلل مقاول البناء الاصلى من عقد مقاولة البناء من الباطن بطلان او انفساخ عقد مقاولة البناء الاصلى مع رب العمل لأن عقد مقاولة البناء من الباطن تابع لعقد مقاولة البناء الاصلى وليس العكس .

- اما فى حالة وفاة رب العمل : فإن عقد مقاول البناء الاصلى يستمر لصالح الورثه، وكذلك يستمر بالتالى عقد مقاولة البناء من الباطن لأن محل العمل وهو اقامة البناء لا يتعلق بشخص رب العمل .

٥٦ - قد يعترض مقاول البناء من الباطن اسباب تجعل تنفيذ العقد بالنسبه له مستحيلا فهل ينفسخ العقد فى هذه الحاله وفقا لظاهر نص المادة ٦٦٤ مدنى مصرى والتى تنص على انه ينقضى عقد المقاوله باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه "؟

- اذا ما نظرنا إلى ظاهر نص المادة ٦٦٤ مدنى مصرى نجد انها اتاحت انقضاء العقد حتى ولوكانت الاستحاله نسبيه ولكننا نرى انه يجب

مراعاة القواعد العامه والتى تشترط ان تكون الاستحالة مطلقه وهو الرأى الراجح فى الفقه حتى ينقضى عقد مقاوله البناء من الباطن وذلك على اساس انفساخ العقد أما اذا كان الاستحالة نسبية فلا يترتب عليها انقضاء العقد ويمكن للمقاول الأصلى ان يطالب بالتنفيذ العينى وذلك على نفقه مقاول البناء من الباطن .

أما اذا كان التنفيذ ممكنا ولكنه يسبب إرهاقا لمقاول البناء من الباطن فإنه لا يترتب على ذلك انقضاء العقد ولكن نكون بصدد تطبيق نص المادة ٦٥٨ / ٤ مدنى والتى تنص على انه اذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسب حوادث استثنائية عامه لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الاساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد " هذا ويمكن فى ظل هذا النص الخاص أن يرجع القاضى ايضا الى النص العام لنظرية الظروف الطارئه لأنه نص متعلق بالنظام العام حيث جاء فى المادة ٢/١٤٧ بأنه " ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائيه عامه لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ،وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخساره فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنه بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

المطلب الثاني
الاخلال بالتزام تسليم العمل

٥٧ - يترتب على إخلال مقاول البناء من الباطن بالتزامه بتسليم العمل لمقاول البناء الأصلى مسئوليته العقدية تجاه مقاول البناء الأصلى، فالتزام مقاول البناء من الباطن بتسليم العمل التزام مستقل عن التزامه بانجاز العمل ، وبقصد به أن يخلى مقاول البناء من الباطن بينه وبين المبنى الذى تحت يده وفى حيازته بعد تمام انجازه ليكون تحت تصرف مقاول البناء الأصلى ، بحيث يستطيع ان ينفذ التزامه بتلسيمه بدوره الى رب العمل تنفيذا لعقد المقاوله الاصلى .

والالتزام بتسليم العمل الالتزام مستقل عن التزام بانجاز العمل - كما سبق الذكر - فالأخير التزام يتولد عن العقد وغير مضاف الى أجل الا إذا اتفق على أجل ، فيجب ان يبدأ مقاول البناء من الباطن بتنفيذ العمل، ثم بعد إتمام انجازه فى المدة المحددة أو حسب ما يجرى به عرف المهنه اذالم تكن محدده يأتى الالتزام بالتسليم ، فهو يعنى المدة التى يجب أن يتم فيها الانجاز ويتم فيها تسليم العمل ، وهذا هو المقصود بميعاد التسليم .

ولقد أشار المشرع فى الجمع بينهما فى نص المادة ٦٥٥مدنى مصرى بقوله "متى اتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر الى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات، فإذا

أمتنع دون سبب مشروع عن التسلم ، رغم دعوته الى ذلك بإنذار رسمي، أعتبر أن العمل قد سلم اليه " ، ولم تكن المادة ١٧٩٢ - ٦ مدنى فرنسى صريحه فى معنى هذا الالتزام صراحة النص المصرى ، إلا أنه يمكن أن يفهم منها ايضا بأنها تقضى بأن التسليم يتم بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة فى التعجيل به " وهو هنا غالبا مقاول البناء من الباطن " وذلك بشكل ودى والإفقضائى .

ومده انجاز العمل عادة تكون محددة فى العقد ، أو تكون حسب عرف المهنه اذا لم تكن محدده [١] أى فى هذه الحالة يجب أن يتم التسليم فى موعد معقول ، ويراعى فى تحديده طبيعة العمل ، ومايستغرقه عادة من الوقت ، وإمكانيات مقاول البناء من الباطن المعلومه لمقاول البناء الأصلي، والغرض المقصود من المقاولة إذا كان مقاول البناء من الباطن يعلم به .

ولا يشترط لتمام التسليم أن يضع مقاول البناء الأصلى يده فعلا عليه مادام مقاول البناء من الباطن قد أعلمه بذلك .

- واذا كان تسليم العمل بعد اتمامه يمثل التزاما يقع على جانب مقاول البناء من الباطن فى عقد مقاولة البناء من الباطن، حيث يلتزم بأدائه

---

(١) انظرد/ السنهورى ، الوسيط ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ .

فى الزمان [١] والمكان [٢] المحددين اتفاقا فى عقد مقاولة البناء من الباطن ، أو عرفا ، وهو يتم بوضع العمل بعد انجازه تحت تصرف مقاول البناء الاصلى بحيث يستطيع الأخير الاستيلاء عليه ، وممارسة كافة حقوقه المتعلقه به دون عائق مادى أو قانونى [٣] ، فإنه طبقا للمجرى العادى للأمور، والتزاما بمبدأ حسن النيه فى تنفيذ العقود يلتزم مقاول البناء الأصلى من جانبه بتسلم العمل بعد انجازه ، وذلك بوضع يده عليه – فعلا أو حكما (وذلك فى حالة تراخى واهمال مقاول البناء الاصلى فى التسلم وتوجيه انذارا رسميا من مقاول البناء من الباطن يدعوه للاستلام) – بحيث تبرأ ذمة مقاول البناء من الباطن من التزامه قِبَلُه، ولكى يترتب على التسليم آثاره القانونيه يجب ان يقترن به تسلم من قبل مقاول البناء الأصلى سواء كان

---

(١) وقت التسليم قد يتحدد اتفاقيا بين الاطراف وبالتالى يلتزم مقاول البناء من الباطن بهذا الوقت (السنهورى الوسيط ج٧/١ بند ٤٣ ص ٧٦ ومابعدها وفقره ٥٠ ص ٨٩ وما بعدها وقد لا يكون قد حدد ميعاد التسليم وانما حدد فى العقد موعد للإنتهاء من تنفيذ العمل فيجب ان يتم التسليم فور الانتهاء (محمد لبيب شنب: مرجع سابق ، بند ٨١ ص١٠٠ وانظر تعليق بويلى على نقض فرنسى مدنى الدائرة الثالثة فى ١٩٨٠/١٠/٣ م المجل الفصيله للقانون العقارى ١٩٨١ – ٢ ص ٢٢٦). ولكن قد يحدث ان لا يحدد الأطراف (مقاول البناء الاصلى ومقاول البناء من الباطن) ميعادللتسليم ولا موعد الانجاز العمل ، فيجب ان يتم التسليم فى موعد معقول يراعى فى تحديده ظروف الحال ومتطلباته وماجرى عليه عرف التعامل (محمد لبيب شنب ، مرجع سابق فقره ١٢٧ ص ١٥٣)

(٢) من خصائص محل التزام مقاول البناء من الباطن أنه عقار ومن خصائصه الثبات والاستقرار على الأرض فلا يتصور الاتفاق على تسلمه فى مكان غير مكان وجوده (السنهورى ، الوسيط ، ج ٧ ، ١ بند ٨٣ ص ١٥١

(٣) د/ عبد الرازق حسين يس ، رسالة دكتوراه ، مرجع سابق ، ص ١٢٧ ، ١٣٨ .

هذا التسلم فعليا أو حكميا ، فكل من الالتزامين مرتبط بالآخر وكلاهما وجهان لعمله واحدة .

وعلى ذلك يمكن القول بأن التسلم من جهه مقاول البناء الاصلى – فعليا او حكميا – هو الذى يجعل عملية التسليم ترتب آثارها القانونيه من براءة ذمة مقاول البناء من الباطن ولو مؤقتا وانتقال الشيء محل التسليم الى حيازة المتسلم (مقاول البناء الاصلى) بشرط أن تكون الأعمال صالحه فى مجموعها لكى تسلم اليه حتى لا يكون لمقاول البناء الاصلى عذر يبرر امتناعه عنه (١).

وبعد أن وضحنا بيان مفهوم التسليم فيمكن لنا أن نوضح الطبيعة القانونية للتسليم والتسلم ثم صور أو اشكال التسليم وأخيرا آثاره القانونية على الوجه الآتى : –

---

(١) كأن يكون العمل به عيوب أو غير تام أو قبل الميعاد ، ونرى انه يجب أن تكون أسباب الأمتناع عن التسلم مثبته بورقه رسميه بحيث تكون ردا على الانذار الرسمى الذى ارسله مقاول البناء من الباطن لمقاول البناء الاصلى لتسلم العمل . اما إذا لم تكن هناك أسباب مشروعه فإن النص فى المادة ٤٣٥ مدنى مصرى يعتبر ان العمل قد سلم اليه .

الفرع الاول

الطبيعه القانونيه للالتزام بالتسليم والتسلم

٥٨ – لنا فى البدايه أن نتشاَل ما هى الطبيعة القانونيه للالتزام بالتسليم من جهة مقاول البناء من الباطن، التسلم من جهه مقاول البناء الأصلى ؟

– إن الفقه الفرنسى قد أختلف فى هذه المسألة إلى ثلاثة أتجاهات :

٥٩ – الاتجاه الأول : ذهب الى النظر للتسليم على أنه مجرد واقعه ماديه أو عمل مادي، أى أنه وقعة قانونيه وليس عملا قانونيا ، أى أنه مجرد " وسيله فنيه عاديه للتثبت من اعطاء[١] الأعمال لمقاول البناء الأصلى (٢).

وقد استند هذا الاتجاه فى تأييد رأيه على تفسير معنى الوفاء باعتباره وسيله من وسائل انقضاء الالتزام فى القواعد العامه ، حيث يرتب المشرع أثرا على الوفاء، وهو ابراء ذمة المدين (مقاول البناء من الباطن)، طالما أن المدين قد وفىّ بالتزامه مطابقا تمام لما تعهد به فى مواجهة الدائن ، وبتطبيق هذا المفهوم على عملية التسليم التى يلتزم بها مقاول البناء من الباطن نجد أن أصحاب هذا الرأى يرون أن عملية التسليم ليست هى التى تعفى مقاول البناء من الباطن ، لأنها لا تثبت سوى مجرد تنفيذه لالتزامه، وليس مطابقه ما نفذه من أعمال لما تعهد به فى مواجهة مقاول البناء

---

(1) Boubli : " une banale lechnique de constatation de la delivrance " 1971 Precite No 8 .

(2) Saint - Alary (R) : Droit de la construction - ed 1982 . p. 142

الأصلى، وبالمقابله فإنه حتى بدون تسليم للأعمال ، يكفى مجرد ثبوت هذه المطابقة حتى تبرأ ذمه مقاول البناء من الباطن بإرادة المشرع نفسه ، بما يعنى أن اعلان إراده مقاول البناء الأصلى فى معنى الموافقه على الأعمال المنفذة لا يضيف جديدا فى هذه الحالة [١] بل يقتصر دوره على أن يسمح للقانون بانتاج آثاره ، فهو لا يعتبر قد باشر عملا قانونيا إلا عندما يرفض التسليم أو يقرر وضع تحفظات لأنه بذلك يرجيء النتائج القانونيه للتسليم .

– ولكننا نرى : أن وقوف انصار هذا الرأى عند الجانب المادى لعمليه التسليم فقط مجرد افتراض نظرى يخالف الواقع ، ولا يتفق مع مقتضيات المنطق القانونى السليم فقوله بأن الآثار التى تترتب على واقعه التسليم ، ليس للارادة فيها دخل، وإنما للقانون وحده هو الذى ينشئها ويرتبها على تلك ، فإننا يمكن ان نرد على ذلك بدفعين :

الأول : أننا نجد أن أصحاب هذا الرأى يتناقضون مع أنفسهم وذلك باقرارهم لدور الاراده عند الرفض أو التسليم مع التحفظ وينكرون دورها عند التسليم بدون تحفظات، مع أن الاراده واحده فى الحالتين.

الثانى :اذا كان القانون مصدر كل الالتزامات والتعهدات، ولكنه المصدر البعيد لها، ولا شك أن هناك مصادر أقرب منه منها الاراده، فلايجب انكار مالها من دور فى هذا الشأن[٢].

---

(١) انظر فى عرض هذا الرأى :

Boubli, 1971 , precite 170 5 P. 153 - 157 .

(٢) السنهورى ، الوسيط ، ج١ط٢ سنه ١٩٦٤ م ، دار النهضه العربيه فقره ٩٠٢ ص ١٤٣٨ ، د/ عبد الودود يحيي ، نظرية الحق ، ط ١٩٧٠ م دار النهضه العربيه سنه ١٢٦.

٦٠ – اما الاتجاه الثانى : فيرى أن التسليم اتفاق منفصل عن العقد الأصلى (عقد المقاوله من الباطن) :

ذهب البعض من الفقه [١] إلى أن التسليم هو أتفاق مستقل ومتميز عن العقد الاصلى (عقد المقاولة من الباطن) وهو المنعقد بين مقاول البناء الاصلى ، ومقاول البناء من الباطن ، أى اننا بصدد عقدين متعاقبين مستقلين ومتميزين عن بعضهما ، حيث يقوم عقد التسليم على انقضاء عقد مقاولة البناء من الباطن ، وأن اتفاق التسليم الذى يقوم بين ذات الأطراف ويوقع منهم يترتب عليه اثاره وهو انقضاء الالتزامات التعاقديه وفقا للقانون العام للعقود [٢] .

ويستند انصار هذا الاتجاه فى تأييد رأيهم إلى أن قيام مقاول البناء من الباطن بمطالبه مقاول البناء الاصلى بتسلم الأعمال إنما يعتبر ذلك بمثابة إيجابا بالوفاء مادام أن هذا الأخير هو تنفيذ قصدى للالتزام، وهو مايحدث تماما حيث أتم مقاول البناء من الباطن البناء ، ومن ثم نفذ التزامه عن طريق وفاء بتسليم الأعمال وهذا الوفاء يجب ان يكون مقبولاء وإلا لن نكون بصدد وفاء وبقبول الايجاب بالوفاء يظهر هذا الرضا ، فالتسلم إذن

---

(١) لنظر عرض هذا الرأى والتعليق عليه ، مدام مارى رينو تسلم الاعمال فى قانون التشييدla reception des travaus en droit de la construction مجله القانون المدنيه Revue Droit et ville ١٩٨١ فقره ١٤ ص ١٠٨ وما بعدها . انظر ايضا سوان Soinne مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين بعد تسلم الأعمال ، رسالة من ليل ١٩٦٩ ج ٢ ص ٥٣٤

(2) Saint - alary : droit de la construction ed . 1977 P. 573

هو قبول للوفاء من جانب مقاول البناء الأصلى (١) .

– ويعيب هذا الاتجاه : أنه يجعل عملية التسليم والتسلم عملية حضورية، تتم بين مقاول البناء من الباطن ، مقاول البناء الاصلى، وبالتالى لا يستجيب لحالة التسليم الحكمى المنصوص عليها فى المادة ٦٥٥ مدنى مصرى حيث يمتنع مقاول البناء الأصلى دون سبب مشروع عن تسلم الأعمال التى تمت، رغم دعوته إلى ذلك بانذار رسمى ،اذ يعتبرْ العمل فى هذه الحالة قد سلم اليه ، فى حين أنه ، واقعيا لم يظهر رضاه بالأعمال المنفذة (٢).

٦١ – وأما الاتجاه الثالث : فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن التسليم والتسلم عمل قانونى انفرادى من كلا الطرفين (مقاول البناء من الباطن، مقاول البناء الأصلى).

حيث يرون أن التسليم ما هو إلا تعبير عن اراده منفرده لمقاول البناء من الباطن يعنى به انتهائه من انجاز العمل وفقا للمواصفات المطلوبه ، فى حين ان تسلم مقاول البناء الأصلى للأعمال مكتملة ما هو أيضا إلا تعبير عن إراده منفرده من جانبه فى معنى موافقته على هذه الأعمال ، وإقرار منه أنها قد نفذت بشكل مطابق للمواصفات المطلوبه (٣).

---

(1) Saint - alary : ed 1977 P . 573 .

(2) Caston : p . 75 No 113

مدام مارى رينو : المقال السابق فقره ١٤ ص ١٠٨ وما بعدها .

(3) Mazeaud (H,L,J) : PP . 81 No 1070-6 et pp 84, 85 No 1070-8
- LaBin (J edourard) La responsabilite des archiitectes et son assurance. These paris, 1978, p.106.
- Costa (JL.) : la responsabilite des constructeurs d'apres la loi du 4 Januier 1978 D. 1979 chr-p.40-41 .
- Caston : la responsalilite des constructeurs p. 74 No 112 2 ed 1979.

– هذا ويرى انصار هذا الاتجاه ان الطابع الانفرادى لكل من عملية التسليم والتسلم لايتعارض مع ما اقتضاه المشرع الفرنسى من أن التسليم يجب ان يكون حضوريا وبناء على طلب الطرف الاكثر حرصا فهذه امور تتعلق بكيفية التسليم وليس بطبيعته القانونيه (١) ، فتسليم الأعمال هو فى حقيقته العمل القانونى الصادر باراده منفرده هى إراده مقاول البناء من الباطن ، وتسلم الأعمال أيضا عمل قانونى صادر باراده منفرده من قبل مقاول البناء الأصلى ويتم حضوريا (٢).

وقد استند انصار هذا الرأى إلى الحجج الآتيه فى تأييد رأيهم (٣) .

أ – أن المادة رقم ١٧٩٢ / ٦ فقرة أولى مدنى فرنسى نصت على أن التسليم هو " العمل الذى عن طريقه يقر رب العمل بقبوله الاعمال ... " وصياغة النص توحى بأن التسلم هو عمل رب العمل (مقاول البناء الاصلى) وبالتالى يفهم منه بطريقه اللزوم انصراف إرادته الى اعتبار التسلم عمل قانونى صادرعن ارادة رب العمل (مقاول البناء الاصلى) المنفرده(٤)، ولادخل لإرادة المقاول (مقاول البناء من الباطن) فى ذلك ، والعكس صحيح بأن

---

(١) أنظر: جودميه " تسلم الأعمال فى القانون المنظم لتأمين البناء "
la Reception de l'ouvrage dans la loi refomant l'assurance - construction " M.T.P. et du Bat 23 Avril 1979 No 105 .

(٢) مالنفو وجستاز : مقال : قانون ١٢ لسنة ٨٧ المتعلق بالمسئولية والتأمين فى مجال البناء "الاسبوع القانونى ١٩٧٨ – ١ – ٢٩٠٠ فقره رقم ٨ .

(٣) انظرفى عرض هذه الحجج د/ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، ص ١٦٥ ، ١٦٦ .

(٤) جودييه ، مقال سابق ، ص ١٠٥ رقم ١٧ .

التسليم أيضا تصرف أرادى منفرد صادر من مقاول البناء من الباطن ولا دخل لمقاول البناء الاصلى (رب العمل) في ذلك .

ب) ويؤيد المفهوم السابق الأعمال التحضيريه لنص المادة ١٧٩٢/ ٦ حيث ينص مشروع الحكومه على أن " الأطراف يحددون فى اتفاق عام التاريخ المراد الاتفاق عليه لانجاز الأعمال " ولكن عدل النص بناء على اقتراح مقرر اللجنة التشريعية بمجلس الشيوخ بحذف عبارة " اتفاق عام للأطراف " وأقره المجلس بعد الحذف .

٦٢- ولكننا لا نتفق مع أصحاب هذا الاتجاه فى النظر الى التسليم والتسلم على أن كل منهما تصرف قانونى منفرد ، لأنه من المعلوم أن عقد المقاولة من الباطن من العقود التبادليه حيث يلزم فيه مقاول البناء من الباطن بتسليم الأعمال بعد انجازها وإتمامها ، ومقابل ذلك الالتزام التزاما آخر على مقاول البناء الأصلى ، وهو التزامه بتسلم العمل والقيام بمعاينته وفحصه والتأكد من مطابقه التنفيذ للمواصفات المطلوبه فى العقد فتسليم مقاول البناء من الباطن للأعمال التزام تعاقدى يستند فى أساسه القانونى إلى عقد المقاولة من الباطن ، وليس خارج عنه ، وكذلك التزام مقاول البناء الأصلى بتسلم العمل التزام تعاقدى يجد اساسه فى عقد المقاوله من الباطن، ومن المعلوم أن الالتزامات التعاقديه التزامات صادره بناء على توافق إرادتين أو اكثر فى صلب عقد مقاولة البناء من الباطن ، ولا يمكن اعتبارها التزامات صادره من جانب واحد .

وبالتالى لا يمكن القول بأن تسليم مقاول البناء من الباطن للعمل بعد انجازه طبقا للمواصفات الفنيه المطلوبه فى عقد مقاولة البناء من الباطن هو

عمل قانونى صادر عن اراده منفرده ، وكذلك لا يمكن القول بأن تسلم مقاول البناء الأصلى هو عمل قانونى صادر عن اراده منفرده لأن تنفيذ كلا منهما لهذين الالتزامين إنما هو تنفيذا لالتزامات مفروضه عليهما بمقتضى عقد مقاوله البناء من الباطن والموقع منهما ، والا فكيف يجبر مقاول البناء من الباطن مقاول البناء الاصلى على تسلم العمل ، والعكس ايضا كيف يجبر مقاول البناء الاصلى مقاول البناء من الباطن بضروره تسليم العمل بعد انجازه ؟

– لو كان التسليم عمل ارادى منفرد فمن غير المتصور أن يجبر مقاول البناء من الباطن على اتيان عمل بارادته المنفرده ، وعلى غير ارادته، وهو مكره على ذلك ، والعكس ايضا صحيح بالنسبه لمقاول البناء الاصلى فلا يجبر على اتيان عمل بارادته المنفرده .

– وعلى ذلك يمكن لنا القول : بعد العرض السابق لبيان رأى الفقه فى الطبيعه القانونيه للتسليم، بأن التسليم وان كان عمل قانونى، وليس مجرد واقعه قانونيه إلا أنه ليس صادر عن اراده منفرده ، وإنما هو صادر عن التزام تعاقدى يقوم به مقاول البناء من الباطن بمقتضى عقد مقاولة البناء من الباطن المبرم بينه وبين مقاول البناء الاصلى، ويجد اساسه القانونى فيه طبقا لما اتفق عليه اطرافه ، فلا هو صادر عن اراده منفرده ولا عن اتفاق اخر مستقل عن عقد المقاوله للبناء من الباطن، بل هو عمل قانونى صادر عن ارادة مشتركة انصبت فى عقد مقاولة البناء من الباطن .

الفرع الثاني
صور وطرق التسليم

٦٣ - إن التسليم الذى يقوم به مقاول البناء من الباطن للمقاول الاصلى غالبا ما يكون فى شكل صريح (قد يكون رضائيا بين اطرافه أو قضائيا إذا تخلف عنصر الرضا)، أو ضمنى يستخلص من ظروف الحال ووقائع الدعوي، كما قد يتم التسليم بطرق متعدده ، وهذه الطرق يمكن أن تتأثر بعامل الزمن فيجرى التسليم مرة واحده ، وأخذا بمبدأ وحدة التسليم أو على مرتين أخذا بمبدأ إزدواجيه التسليم حيث يتم مؤقتا أولا ثم نهائيا ثانيا، كما قد يتأثر بعامل الكم فيكون التسليم كليا أو جزئيا .

وعلى ذلك سنتناول بيان صور التسليم أولا ثم نتناول بعد ذلك طرق التسليم .

أ - صور التسليم

٦٤ - ذكرنا أن التسليم قد يكون فى صورته صريحا سواء كان رضائيا أو قضائيا عند تخلف عنصر الرضا ، وقد يكون ضمنيا يستخلص من ظروف الحال وسوف نتناول بيان التسليم الصريح بشقيه والتسليم الضمنى على الوجه الأتى :

٦٥ - أولا : التسليم الصريح :

وهو إما أن يكون رضائيا أو قضائيا على النحو التالى :

١ -التسليم الرضائى : إن لمقاول البناء من الباطن مصلحة فى أن يوجد لنفسه دليلا كتابيا على تسليمه الأعمال محل المقاوله من الباطن لمقاول

البناء الأصلى ، حيث جرت العاده على أن يحرر محضر بهذا التسليم يوقع عليه مقاول البناء الأصلى اساسا ، وفى هذه الحاله يقال أن التسليم قد تم صراحه ، ولا تكاد تثور مشكله بصدر التسليم الصريح من جهة مقاول البناء الاصلى سواء فى القانون المصرى أو الفرنسى ، وذلك اذا ما تم رضائيا بين أطرافه وذلك فى حضورهم وبالشكل الذى يرونه محققا لمصالحهم ، فإذا ما تحقق التسليم الصريح بمقتضى محضر يثبت التسليم والتسلم فلا يشترط فى هذاالمحضر أى شكل خاص سواء فى القانون المصرى أو فى القانون الفرنسى [١] ولا شك أن من يطلب التسليم والتسلم هو ما تقوم له مصلحه فى طلبه ، وهو غالبا ما يكون مقاول البناء من الباطن ، لما يترتب على ذلك من آثار أهمها اعفائه من المسئوليه عن العيوب الظاهره ، ونقل الحراسة منه إلى مقاول البناء الأصلى ، وأيضا يستحق أجرته المتبقيه لدى مقاول البناء الأصلى وسنتناول هذه الاثار فيمابعد بالتفصيل .

- هذا وتقتضى صراحة نص المادة ٦٥٥ مدنى مصري[٢] ، نص المادة ١٧٩٢ - ٦ من قانون ٤ يناير سنه ١٩٧٨ الفرنسى [٣] لكى نكون بصدد تسليم رضائى أنه متى أتم مقاول البناء من الباطن البناء المسند اليه إنشاؤه وجب عليه أن يضعه تحت تصرف مقاول البناء الاصلى " رب العمل

---

(1) Caston : PP . 84et 85 no 131 .

(٢) نصت الماده ٦٥٥ مدنى مصرى على أنه " من أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر الى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى اعتبر ان العمل قد سلم اليه "

(٣) نصت المادة ١٧٩٢ - ٦ من قانون ٤ يناير سنه ١٩٨٧ مدنى فرنسى بانه " يتم بناء على طلب الطرف صاحب المصلحه فى التعجيل به وذلك بشكل ودى وإلا فقضائى ..)

" وأن يخطره بذلك بأى وسيلة يتحقق به علمه اليقينى بأن العمل قد أنجز ووضع تحت تصرفه ليتسلمه ، وبذلك يكون مقاول البناء من الباطن قد نفذ التزامه بالتسليم ، ولو لم يتسلم مقاول البناء الاصلى "رب العمل " الشيء[١]، وهنا يجب على مقاول البناء الأصلى " رب العمل " طبقا لصريح النص أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات، ويتم هذا طبقا للمجرى العادى للأمور سواء بإنتقاله شخصيا أو بواسطه موكله .

ولا يختلف الوضع فى فرنسا عنه فى مصر حيث يضع مقاول البناء من الباطن العمل بعد انجازه تحت تصرف مقاول البناء الاصلى " رب العمل"، ويخلى بينه وبين مقاول البناء الأصلى ويسلمه المفاتيح [٢] بقصد تمكينه من معاينته العمل وفحصه .

هذا ولا تخرج الأوضاع فى التسليم عن أمور ثلاثه : إما أن يتسلم مقاول البناء الأصلى العمل دون ابداء ملاحظات وذلك اذا كانت المبانى مطابقة للأصول الفنية المطلوبه أو أن يجد بعض العيوب البسيطة التى لا تمنع التسلم والتى يضمنها محضر التسليم والتسلم [٣] أو أن يرى العيوب

---

(١) د/ السنهورى ، الوسيط ، ج ١/٧ بند ٤٩ ، ٨٩ ، ٨٤ ص ١٥١- د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، بند ١٢٦ وما بعده، ص ١٥٠ / ١٥١ .

(٢) مدام مارى رينو ، مقال سابق ، بند ٣٠ ص ١٢٢ - كاستون ، تسلم الاعمال الخاصه La reception des travauxprives الوقائع القانونيه للملكية العقارية ١٩٦٩ ص ٧٩٤ .

(٣) نقض فرنسى (الدائرة الثالثة مدنى) فى ١٧ يوليو ١٩٨١ م جازيت دى باليه ١٩٨٢ - البانوراما ص ٧٧ ، فى ٧ من يونيو ١٩٧٨ دالوز ١٩٧٨ اخطارات سريعه informao rapides ص ٥٠٢ .

من الجسامه بحيث يمتنع معها التسليم والتسلم إلا بعد أن تزال كافة العيوب التى تضمنتها الأعمال والتى جعلت تسلمها امرا غير مستساغ ولا مقبول .

– ولكن قد لا يتم التسلم الصريح رضائيا حيث يتخلف عنصر الرضا، وهنا يختلف مقاول البناء من الباطن مع مقاول البناء الاصلى " رب العمل هنا " ويلجأ إلى القضاء وهنا يتم التسليم الصريح فى صورة التسليم القضائى .

٢ – التسليم القضائى :

يلجأ إلى التسليم القضائى فى حالة عدم وجود اتفاق بين مقاول البناء الأصلى ومقاول البناء من الباطن ، وذلك لأعمال الحقيقه فيه ، وذلك عن طريق صاحب المصلحة ، وهو فى الغالب مقاول البناء من الباطن ، وليس هناك ما يمنع من أن يلجأ مقاول البناء الأصلى نفسه إلى القضاء لإجبار مقاول البناء من الباطن على تسليمه العمل ، وذلك عندما يتباطأ فى التسليم أو يرفضه، وهذا ما يتفق ونص المادة ١٧٩٢ / ٦ فقره (أ) من القانون المدنى الفرنسى والتى تنص على أن التسليم يتم بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل حيث يتم رضائيا أو قضائيا عند تخلف الرضا " .

وقد حاول بعض الفقه الفرنسى تحديد نطاق التسليم القضائى بالمخالفه لنص المادة السابقه التى جاءت مطلقة بقوله : بأن نطاق التسليم القضائى يقتصر على حالة رفض المقاول الأصلى تسلم العمل من مقاول

البناء من الباطن بدون أى سند قانونى " (١) ، ولكن هذا التحديد لنطاق تسليم العمل إنما هو تحديد بدون مبرروليس له أى سند قانونى من نص المادة المذكور سابقا .

– هذا وينعقد الأختصاص بالفصل فى النزاع بين مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلى اما للمحكمه التى يقع فى دائرتها العقار أو لمحكمه موطن المدعى عليه ، وإن اختلفا كان الأختصاص لإحداهما وفقا لما يراه المدعى (٢) ، وليس هناك ما يمنع من رفع الدعوى المستعجله أمام قاضى الأمور المستعجله إذا توافرت ظروف الاستعجال ولم يكن هناك نزاع جدى متعلق بالموضوع (٣) .

– اما بالنسبه لمدى سلطة القاضى فى الفصل فى النزاع فقد أشارت إلى ذلك المادة ٦٥٥ مدنى مصرى والتى تعتبر أن العمل قد سلم إلى رب العمل (مقاول البناء الاصلى هنا) اذا أمتنع هذا عن تسلمه دون سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك بانذار رسمى ، وبالتالى فإن القاضى سيصدر حكمه تطبيقا لهذا النص بأن العمل قد سلم إلى المقاول الأصلى حتى ولو لم

---

(١) انظر مدام مارى رينو ، مقال سابق ، بند ١٤٨ ص ١٣٣ ، حيث ترى ان النزاع يحمل أولا إلى التحكيم طبقا للمادة ١٨ " N.F.P . 03 , oolde 1072 كاستون مقال :
Les Texles d'application de la loi 78-12 sur la responsabilite et l'assurance de la construction " A.J.P.I 1979 P.5.

(٢) م ٢/٥ من قانون املرافعات المدنيه والتجاريه المصرى الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنه ١٩٦٨ م ، د/ فتحى دالى ، قانون القضاء المدنى ج ١ ط ١٩٧٢ بند ٢١٢ ، ٢١٣ ص ٤٩٨ ومابعدها ، وكذا ص ٥١٥ والبند ٢٢٥ / ٢ ص ٥١٧ ومابعدها .

(٣) انظر د/ فتحى والى ، المرجع السابق فى نفس الموضوع .

يتسلمه فعلا [١]، بمعنى أن إرادته قد حلت محل إرادة مقاول البناء الأصلى المتخلف عن تنفيذ التزامه بالتسلم وذلك بإعلان التسلم بدلا منه اذا ما ثبت لديه توافر كافة الشروط الموضوعيه التى تطلبها العقد .

هذا وفيما يتعلق بتحديد تاريخ التسلم القضائى نجد أن تحديد هذا الوقت من الأهمية لأنه من تاريخ التسليم والتسلم تسرى آثار التسليم فى مواجهة الطرفين ، وتحديد وقت التسليم والتسلم القضائى يستلزم أن ترجع إلى ماسبق أن تناولنا هنا فى بيان الطبيعه القانونيه للتسليم [٢] فمن رأى أنه عمل قانونى كان الحكم القضائى هنا حكما منشئا وبالتالى فإن تاريخ التسليم يكون تاريخ صدور الحكم ، ومن رأى أن التسليم هو واقعه ماديه جعل الحكم القضائى بالتسليم حكما تقريريا وبالتالى فإن تاريخ التسليم يكون من تاريخ تحقق الواقعه الماديه ، هذاوقد ذهب الفقه الغالب فى فرنسا الى القول بأن تاريخ التسليم والتسلم هو التاريخ الذى يودع فيه الخبير تقريره فى الدعوى [٣] .

ونرى أن هذا الرأى لهو الراجح من وجهة نظرنا لأن القول بأن يكون تاريخ الحكم هو تاريخ التسليم والتسلم فيه اضرارا بمصلحة مقاول البناء

---

(١) انظر د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ١٥٣ بند ١٢٧ - د/ السنهورى ، مرجع سابق ج ٧٧ بند ٨٦ ص ١٥٣ وما بعدها .

(٢) انظر فى هذا البحث " الطبيعه القانونيه للالتزام بالتسليم بند ٨٥ وما بعده ، ص٦٢ ومابعدها بند ٩٣ ومابعده

(٣) بيجو ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ وما بعدها - كاريلا ، مرجع سابق ، فصل F ص ١٨ ، مدام مارى رينو ، مقال سابق ، بند ٥٠ ص ١٣٥ .

من الباطن حسن النيه لصالح مقاول البناء الأصلى سيء النيه الذى قد يعمل الى إطالة أمد النزاع بوضع العراقيل التى تعيق صدور الحكم، علاوه على أن التسليم والتسلم وان كان عملا قانونيا كما ذكرنا من قبل فى بيان الطبيعه القانونيه للتسليم إلا أنه ينطوى ايضا على واقعه ماديه هى التى يثبتها القاضى ويلاحظها ، وهى تسليم عمل منجز ومطابق للشروط التعاقديه والعرفيه - من خلال تقرير الخبير المقدم له ، وبالتالى يقتضى العدل اعتبار التسليم نافدا من تاريخ تحقق تلك الواقعه الماديه التى يثبت تحققها الخبير، ولذا فإن الحكم القضائى يكون حكما مقررا وبالتالى فإن تاريخ التسليم يكون من تاريخ اثبات التقرير للواقفه الماديه .

٦٦- ثانيا : التسليم الضمني

هو اتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال معه شكا فى أنه يعبر عن إراده واعيه لمتخذه فى تسلم العمل محل التعاقد وتقبله .

والقانون المصرى يقر بالتسليم والتسلم الضمنى ، كما بالتسليم والتسلم الصريح على اعتبار أنه تعبيرا عن الاراده ، والتعبير عن الاراده وفقا للقواعد العامه كما يكون صريحا يمكن أن يكون ضمنيا .

والتسليم الضمنى قد يستخلص من بعض الوقائع مادامت تكشف بوضوح [1]، عن نيه مقاول البناء الأصلى فى قبول الأعمال ، وهى مسأله

---

(1) Bricmont (Georges) : la resposabilite des architectes entrepreneur en droit belge et en droit francsis P. 74 No 692 ed 1979 .

وقائع تخضع للتقدير المطلق لقضاة الموضوع [١]

– ومن امثلة بعض الوقائع التى يمكن أن يستخلص منها التسليم الضمنى :

الحيازه الفعليه للبناء أو أستعماله مده طويله :

٦٧– وتعتبر هذه الواقعه من قبيل التسليم الضمنى – حيث يضع مقاول البناء الأصلى يده على البناء أو يستعمله مده طويله قبل تسليمه اليه من جانب مقاول البناء من الباطن ،طالما انها تكشف بوضوح عن نية لاشك فيها من جانب مقاول البناء الأصلى فى قبوله للأعمال [٢] وهى لا تكون كذلك إلا إذا كانت الأعمال قد إكتملت وكان وضع اليد بلا تحفظ من جانب مقاول البناء الاصلى [٣]، أو قيام مقاول البناء الأصلى بتسليمه لرب العمل الأصلى وقبوله من جهة رب العمل بلا تحفظ ايضا .

– وبوجه عام فإن التسليم الضمنى يمكن أن يستفاد من أى ظرف آخر مادام من شأنه أن يظهر إراده مقاول البناء الأصلى فى معنى قبوله للأعمال [٤] كأن يقوم بتأجيره للغير نيابة عن رب العمل الأصلى أو إدماجة فى شيء آخر أو تسوية الحساب مع مقاول البناء من الباطن بعد معاينة

---

(1) Bricmont , P. 75 No 69 et V. aussi - civ 2/7/1970 D 1971 - som - 17- Civ 8/3/1972 Bul - civ 1972 p. 116 No 162 .

(2) V.Civ 8/10/974 Bul - civ . 1974 P. 258 No 337

(3) C. Civ 27/1/1977 R.G.A.T 1977 - 376 . Tr.Com Taulouse 13/12/1934 G.P. 1935 - 123 .

- Bricmont p. 75 No 70 ; Labin P 108

(4) Mazeaud (H.L.J) P. 130 No 1070 - 22

العمل وفحصه دون ابداء أى تحفظ [١].

- اما بالنسبه للتسليم الضمنى فى القانون الفرنسى فقد ثار حوله الشك بين مؤيد ومنكر لوجود فكره التسليم الضمنى بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ م فى ٤ يناير سنه ١٩٧٨ والذى بدأ العمل به فى أول يناير سنه ١٩٧٩ حيث عرَّف المشرع الفرنسى تسلم العمل فى هذا القانون بأنه "التصرف الذى يعلن بموجبه رب العمل قبوله للعمل بـ أو بدون تحفظات وتنظيمه له بحسبانه" ويتم بناء على طلب صاحب المصلحه فى التعجيل به وذلك وديا والافقضائيا "

حيث أصبح البعض من الفقه يتشكك امام حرفيه النص [٢] والبعض الآخر ذهب إلى القول صراحة أن التسليم لا يكون إلا صراحة ، وأنه لم يعد بالإمكان أن يتم بشكل ضمنى [٣].

إلا أن جانب ثالث ذهب إلى القول بأن التعويل على حرفيه النص ليس له مبرر بل يجب التعويل على روح النص ، وأن الأخذ بالرأيين السابقين

---

(١) انظر محمد لبيب شنب ، عقد المقاوله بند ١٢٧ ص ١٥٢ - السنهورى ، الوسيط ، ج ٧ بند ٨٤ ص ١٥١ .

(2) Moderne (F) La dislinction de la responsabilite decennale et de la responsabilite contractue des constructeurs dons le droit des travaux publccs . G.P 1975 - doct P. 90 note 32 .
- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph) : La lai No 78 - 12 du janv - 1978 relative a la responsabilite et a l'assurance dons le domaine de construction " J.C.P 1978 - 1- 2900 No 9.

(3) Costa (J.L): Laresponsabilite des constructeurs d'apres la loi du 4 Janvier 1978 D 1979-Chr-P41 et 42.

يؤديان إلى نتائج غير مقبوله وهى أنه فى حالة عدم تحرير محضر بالتسليم فإن الأعمال لن يمكن أن تجعل محلا للتسليم إلا بتسليم قضائى [١] .

ب - طرق التسليم

٦٧ – وضحنا أشكال التسليم من جهة مقاول البناء من الباطن وتسلم رب العمل (مقاول البناء الأصلى) سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، ونوضح هنا طرق التسليم وهى إما أن تتأثر بعامل الزمن فيكون التسليم مؤقتاً أو نهائياً أو تتأثر بعامل الكم فيكون التسليم جزئياً أو كلياً وتعرض لهذه الطرق على الوجه الآتى :-

أولاً : التسليم المؤقت والتسليم النهائى :

٦٩ – إن التسليم المؤقت ومثاله إفصاح مقاول البناء من الباطن عن إرادته فى تسليم العمل ، بصفة مؤقتة حتى يتم اتخاذ الاجراءات اللازمة لرفع الملاحظات التى يضمنها مقاول البناء الأصلى محضر التسيلم والتسلم أو العكس يكون الأفصاح عن التسلم المؤقت من جهة مقاول البناء الأصلى الذى يفصح عن إرادته فى تقبل العمل بصفة مؤقتة حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التى ضمنها هو محضر التسليم والتسلم هذا وقد درجت العادة وخاصة فى مقاولات البناء أن تتضمن الصفقة المبرمة بين مقاول البناء الأصلى ، ومقاول البناء من الباطن شرطاً يتم بمقتضاه التسليم على مرحلتين يكون أولاهما تسليماً مؤقتاً يستمر فى العادة لمدة سنة يعلن بعدها

(١) انظر فى عرض هذا الخلاف د/محمد شكرى سرور ، مرجع سابق، بند ١٢٥ ص ١٥٧

التسليم النهائى أى أن التسليم المؤقت لا يكون إلا عند الأخذ بمبدأ إزدواجية التسليم ولكننا نرى : أن الأمر هنا يتعلق بمحض شرط تعاقدى بدون وجوده لا يمكن أن يكون هناك إلا تسليم واحد ويكون نهائياً (١).

والتسليم المؤقت لا يبرىء ذمة مقاول البناء من الباطن من التزاماته التعاقديه طبقاً للقواعد العامة تجاه المقاول الأصلى (٢).

أما التسليم النهائى : فهو الذى يقر فيه مقاول البناء الأصلى بتسلمه العمل وتقبله وذلك بصفة نهائية دون أية تحفظات، ويثبت ذلك فى محضرالتسليم والتسلم الذى يحرر بمناسبة التسليم النهائى، ويترتب على التسليم النهائى أن عملية التسليم النهائى وان كانت تبرىء ذمة مقاول البناء من الباطن من العيوب الظاهرة إلا أنها لا تبرئه من العيوب الخفية التى قد تظهر بعد عملية التسليم والتسلم .

---

(١) انظر فى تأييد ذلك :

BRICMEONT (Geres) :
La responsabilité des architectes et entrepreneur on droit belge et en droit Francais 2 éd 1965 P.68 N 68.

(٢) انظر تعليق بلا نكييل : على استئناف ليون فى ١٥ يناير ١٩٧٤ ، جازيت دى باليه ١٩٧٤ -٢ - ٧٠٤ الذى يذهب فيه إلى أن « تعبير تسلم مؤقت تعبير معيب ويرى أن التسلم لا يمكن أن يكون أبداً شيئاً آخر غير إقرار الأعمال وقبولها عندما يتم بدون تحفظات » . -

وانظر ايضاً تعليق بوبلى على نقض فرنسى فى ٢٠ / ١٠ / ١٩٨٧ م ، المجلة الفصلية للقانون العقارى ، ١٩٧٩ - ٣ ص ٣٤١ .

وانظر كاريلا مرجع سابق فصل ص ٢٠

(٣) انظر د / محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٦٠ بند ١٢٧

٧٠ – ولم ينظم القانون المصرى طريقة تسليم وتسلم العمل فى مصر من حيث الأخذ بمبدأ ازدواجية التسليم والتسلم أو وحدته بنصوص تشريعية أو لائحية ، وانما ترك ذلك لاتفاق الطرفين . أى أن القانون المصرى ليس فيه ما يحظر الأخذ بشرط ازدواجية التسليم والتسلم ، وبالتالى لامخالفة فيه للنظام العام ولا الآداب .

ويرى البعض الأخذ بنظام ازدواجية التسليم لأنه يمكن أن يستجيب لمصلحة مشروعة ، لكل من مقاول البناء الأصلى ، ومقاول البناء من الباطن فى الأسراع بتسليم الأعمال فور الانتهاء منها ولا خطر على مصالح مقاول البناء الأصلى من هذا التعجيل مادام بإمكانه – طوال سنة كاملة – أن يتدارك ما خفى عليه من عيوب الأعمال عند تسلمه المؤقت لها ، أو مالم يكن بالإمكان اكتشافها إلا من خلال الاستعمال (١).

ولكننا نرى :أن الأخذ بنظام الازدواجية قد يثير بعض المشاكل منها مثلاً :ماهو الوقت الذى تترتب فيه الآثار وخاصة فى حالة خلو البناء من العيوب الظاهرة هل تترتب من التسليم الأول «المؤقت» أو التسليم الثانى «النهائى»، هذا وقد أدت هذه المشكلة الى انقسام الفقه الفرنسى وخاصة فيما يتعلق بوقت سريان الضمان العشرى فيما بين المهندس المعمارى، والمقاول الأصلى وبين رب العمل هل يسرى من التسليم المؤقت أم من التسليم النهائى، وأمام ذلك تجد أن الأ. فى فرنسا بدأ يتجه من الأخذ

---

(١) انظر د/ محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٦٠ بند ١٢٧ .

بازدواجية التسليم والتسلم إلى الأخذ بنظام وحدة التسليم والتسلم .

وقد تأكد ذلك بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ يناير ١٩٧٨ م فقنن التطبيق العملى والتسليم بنص المادة ١٧٩٢ / ٦ فقرة (١) منه على « أن التسليم يتم سواء مع أو بدون تحفظات » (٢) .

ثانياً : التسليم الكلى ، والتسليم الجزئى :

٧١ – يكون التسليم فى الغالب كلياً – مؤقتاً أم نهائياً – متى أتم مقاول البناء من الباطن الأعمال ووضعها فى مجموعها تحت تصرف رب العمل، وخاصة إذا كان العمل كل متكامل لا يقبل التجزئة، حيث لا سبيل أمام مقاول البناء الأصلى إلا أن ينتظر تمام انجازه كاملاً حتى يتسنى له تسلمه ، وهنا يكون التسليم والتسلم واحداً بتاريخ واحد ومحضر واحد.

كما يكون التسليم كلياً إذا نص على ذلك فى عقد مقاولة البناء من الباطن على وجوب أن يتم التسليم مرة واحدة حتى ولو كانت الأعمال تقبل التجزئة أو الانقسام بطبيعتها فلا يتم التسليم إلا إذا أنجزت كل الأعمال محل المقاولة من الباطن حتى وإن انجزت بعض الأعمال الفرعية منها، وعلى ذلك لا يلتزم مقاول البناء الأصلى بدفع باقى مبلغ المقاولة، بناء على طلب

---

(١) انطرق عرض ذلك : كاستون ، مرجع سابق ، بند ٦٦٨ ص ٢٩٢ وما بعدها ، د/ محمد شكرى سرور ، مرجع سابق بند ٢٨ – ٢٣٤ ص ٢٥٣ – ٢٦٢

(2) L'art, 1792 - 6 ali, Ier ll. 78 - 12 , 4 jan - 2978) " la réception estc L'acte par le guel Le maitre de L'auvrage déclare accepter L'auvrage avec ou sans réserve "

مقاول البناء من الباطن الذى أنجز بعض الأعمال ، مما يعتبر جزءاً مستقلاً من المقاولة (١) .

- أما التسليم الجزئى فإنما يكون فى الأعمال التى تقبل التجزئة ، كما لو أنصبت المقاولة على مجموعة الأبنية أو مجموعة من الأعمال المختلفة المستقلة بعضها عن بعض بحيث يمكن تجزئة تسليمها بحسب ما تم انجازه مثل أن يتكون العمل من مراحل متعددة كمرحلة وضع الأساسات وتقوم به شركة متخصصة من الباطن فى دق الأساسات الخرسانية ، ثم مرحلة الهياكل الخرسانية وتختص به شركة غير السابقة وهكذا بالنسبة لبناء الجدران والفواصل ، وأعمال البياض ، وأعمال النجاره - الخ ذلك . كل ذلك بشرط أن ينتفى المانع القانونى أو الاتفاقي عن تجزئة التسليم (٢) .

كما يرى بعض الشراح الفرنسيين (٣) أن التسليم الجزئى تؤيده ما تقضى به المادة ١٧٩١ من المجموعة المدنية الفرنسية من أنه « حين يتعلق الأمر بعمل « أو بصنع شىء » عدة أجزاء بالقطعة ، فإن فحصه يصح أن يكون بالأجزاء ، ويفترض فى هذا الفحص قد تم بالنسبة لكل جزء دفع أجره ، متى كان الاتفاق يقضى بأن الأجرة تستحق للعامل (مقاول البناء من الباطن) بنسبة كل عمل منفذ » وإن كانت هذه المادة فى الحقيقة تتعلق بعقد

---

(١) نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ٣ / ١٠ / ١٩٨٠ وتعليق بوبلى عليه بالمجلة الفصلية للقانون العقارى ١٩٨١ - ٢ ص ٢٢٦

(٢) بيجو ، مرجع سابق ، ص ١٤٤ - بوبلى ، مرجع سابق ، بند ٢٢٣ ص ١٣٨

(3) MAZEUD (H.L.J) : P 87 175 1070 - 8

المقاولة بوجه عام اكثر ما تتعلق بصفقات البناء على وجه الخصوص .

وخلاصة القول أنه لم يخرج العمل فى كل من مصر وفرنسا عن هذه القواعد العامة فكما يمكن أن يتم التسليم كلياً يمكن أن يتم جزئياً تبعاً لتمام انجاز كل مرحلة على حده ، ويجوز لمقاول البناء من الباطن فى هذه الحالة أن يستوفى مقابل الجزء أو المرحلة التى يتم تسليمها (١).

الفرع الثالث

آثار التسليم

٧٢ - يترتب على تسليم مقاول البناء من الباطن للبناء محل المقاولة من الباطن آثار بالنسبة لضمانه يتمثل فى إعفائه من العيب الظاهر ، ونقل عبء تبعية العقار (تبعه الحراسة ، وتبعه الهلاك) من مقاول البناء من الباطن إلى مقاول البناء الأصلى علاوة على استحقاقه أجره أو ما تبقى منه، وله آثر على عقد مقاولة البناء من الباطن نفسه. ولذا سنتناول هذه الآثار بالتفصيل على الوجه الآتى .

أ - الإعفاء من العيوب الظاهرة

٧٣ - عيوب المبنى الموجودة - عند تسليمه بمعرفة مقاول البناء من الباطـن، قد تكون ظاهره وقد تكون خفية (٢). وبالنسبة للعيوب الظاهرة

---

(١) انظر د/ محمد لبيب شب ، مرجع سابق بند ١٢٧ ص ١٥٣ - السنهورى ، الوسيط ج ٧ ر١ بند ٨٤ ص ١٥١ وما بعدها .

وانظرى فى الفقه الفرنسى (أوبرى ورو أسمان ٢ ، مرجع سابق ، ج ٥ ط ٦ بند ٣٧٤ ص ٤٠٣.

(٢) سنتناول الحديث بالتفصيل عن العيوب الخفية عند تناول نطاق المسئولية من حيث الأضرار فيما بعد ، انظر فى هذا البحث ص ١٢٥ ومابعدها بند ٩٢ ومابعده.

فإن الفقه والقضاء فى كل من مصر وفرنسا يسلم بأنه اذا ما تم تسليم البناء من جانب مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) بلا أى تحفظ فإنه يترتب على ذلك اعفاء مقاول البناء من الباطن من مسئوليته عن العيوب التى كانت ظاهره وقت حصوله وذلك دون العيوب الخفية [١]. لأن مقاول البناء الأصلى (رب العمل) أو من ينيب عنه فى عملية التسلم كان يمكن له أن يكتشفها لو أنه بذل فى فحصها ومراجعتها – مع ما يتمتع به من خبره فى هذا المجال على اعتبار أنه مقاول بناء فى الأصل – ما يبذله الشخص المعتاد من نفس طائفته [٢]. هذا ويشترط القضاء الفرنسى لأعمال هذا الأثر المبرىء أن يكون العيب ظاهراً فى سببه وأثاره الضاره بحيث إذا كان سبب

---

(1) R.par ex : LABIN p.110 - (HLJ) p. 92 ivo 1070 - 10 J MAZEAUD(2) note D 1974 précite P/393/
Civ 22/40 - 1946 J C.P. 1974 - 2 - 3482 et note, Rodiere.
Civ. 4-1-1998 J.C.P. 1958 - 2 - 10808 et note STARCK. D 1958 - 457 et note RODIERE.
Civ - 9/11 / 1968 JC.P 1969 - 2 - 15/8/8 et note L.vEAUX.
وقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦٥/٦/٣ م مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٧٣٧ رقم ١١٧ يقولها أن « تسلم رب العمل (مقاول البناء الأصلى هنا) البناء تسلماً نهائياً غير متيقن بتحفظ ما ، من شأنه أن يعطى ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل . أما ماعدا ذلك من العيوب مما كان حفياً لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلم البناء ، فإأن التسليم لا يعطيه ولا يسقط ضمان المقاول (مقاول البناء من الباطن هنا .... » .

(٢) انظر د/ محمد لبيب شنب ، عقد المقاولة ، بند ١٠٨ ص ١٢٧ – بوبلى ، مرجع سابق ، بند ٢٤٠ ص ١٤٩ – نقض مدنى فرنسى) (الدائرة الثالثة) فى الطعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٤ من يونيو سنة ١٩٦٢ ، مجموعة أحكام النقض ١٩٦٢ س ١٣ ق ١٢١ ص ٨٠٨ – المحاماه لسنة ٤٣ ق ٤٦١ ص ٨١٢ فى ١٠ يونيو ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٩٦٥ س ١٦ ق ١١٧ ص ٧٣٦ .

هذا العيب غير معلوم عند التسليم والتسلم أو كانت آثاره الضاره لاتظهر إلا بعد التسليم ، فلايعتبر عيباً ظاهراً ولا يعفي مقاول البناء من الباطن منه[١] إلا أننا **نرى** أنه مع التسليم بهذا الأثر الذى يعفى مقاول البناء من الباطن من العيوب الظاهره . إلا أنه لا يترتب على التسليم والتسلم بذاتهما، وإنما نجد أساسه فى التنازل الضمنى من جانب مقاول البناء الأصلى عن هذه العيوب المستمدة من قبوله للأعمال بحالتها عند التسليم والتسلم فى هذه الحالة ماهو إلا دليل على هذا القبول .

- وهذا الأثر وان كانت لم ترد نصوص خاصة بذلك فى عقد المقاولة إنما يكون الأخذ به كأثر مبرىء لمقاول البناء من الباطن تطبيقاً للأحكام العامة حيث يسقط الضمان عن العيوب الظاهرة قياساً على أحكام عقد البيع . وعلى ذلك فإن القاعدة هى : أن مقاول البناء من الباطن لا يلتزم بالضمان ، إذا أقدم مقاول البناء الأصلى على تسلم البناء وبه عيب ظاهر ، ويجد هذا الحكم سنده القانونى فيما يأتى :-

أ - افتراض العلم بالعيب : يفترض علم مقاول البناء الأصلى بالعيوب الظاهرة التى تلحق المبنى، ويعد ذلك من جانبه موافقة على

---

(١) بيجو ، مربع سابق ، ص ١٤٧ - كاريلا ، ومع سابق ، فصل ، ص ٢٥ - نقض فرنسى (دائرة ١ مدنى) فى ١٧ يونيو ١٩٦٤ ، بيلتان ١ رقم ٣٩٥ ص ٣٠٧ - نقض مدنى فرنسى (دائرة ٣) فى ٢٢ / ٤ / ١٩٧٣ - بيلتان ٣ رقم ١٧٨ ص ١٣٧ .

تسلم المبتى بحالته المعيبة (١) وعلى ذلك فإن التسليم والتسلم يتضمن قرينه على علم مقاول البناء الأصلى بالعيب الظاهر مما يخفف صعوبة إثبات العلم الفعلى لمقاول البناء الأصلى بالعيب (٢) .

ب – افتراض خطأ مقاول البناء الأصلى : يعتبر مقاول البناء الأصلى مخطأ عند تسلمه للبناء ، رغم قدرته على كشف العيب ببذل عناية الشخص العادى ، ولا يجوز بالتالى أن يتحمل مقاول البناء من الباطن نتائج هذا الخطأ (٣) ، وخاصة أن هذا الحكم من شأنه العمل على استقرار التعامل .

ولكن يستثني من ذلك العيوب الظاهرة التى يتعمد مقاول البناء من الباطن أخفائها غشا فإنه فى هذه الحالة يضمن العيوب الظاهرة التى تعمد أخفائها غشا منه ، إذا أن خفاءه العمدى يستغرق خطأ مقاول البناء الأصلى فى عدم بذلك العناية اللازمة للكشف عن العيب (٤) (٤٤٧ / ٢ مدني مصرى) وتطبيقاً لذلك فإن مقاول البناء من الباطن يضمن السبب الظاهر الناتج عن استخدامه طلاء أو مادة معينة لإخفاء شروخ أو تشققات فى بعض الأجزاء الرئيسية للمبنى ، أو لأخفائه بعض

(1) Cottin : la définition du vice caché dans la vente, etudue de droit come paré thése p. 164 paris 1939. Baudry lacantinerie et saignat : Traite thérique et pratique de droit civil, t 17, No 418, 423, De page t 4 Ler partie.N. 177, Paris 1908.

(2) Mazeaud : La responsabilité civile du vendeur Fabricant, Rev. trim dr. civ 1955 P. 613 n.q.

(3) Guillouard : Traités de la vente et de L'echange . t, 11 N.025 H, paris, 1890
Laurent : Principes de droit civil Français, t 24 N.284 . paris 1887

(٤) السنهورى ، مرجع سابق ، مجلة ١ فقرة ٣٦٧ ، ص ٧١٦ .

الإصلاحات المعيبة فى المبنى (١) .

٧٤ – والقاعدة أن كل عيب يعتبر خفياً وقت التسليم ويقع على من يدعى خلاف ذلك عبء إثبات ظهور هذا العيب ، سواء كان هذا العيب متعلقاً بالعمل أو بالمواد أو بمخالفة القوانين واللوائح ، ويتم ذلك طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات (٢) .

ويستثنى من ذلك أن يكون عدم تمكن مقاول البناء الأصلى من اكتشاف العيب راجعاً إلى تعمد مقاول البناء من الباطن أخفاء العيب بالمنشأة ، أو إذا أكد مقاول البناء من الباطن للمقاول الأصلى خلو العمل أو الشىء من العيب مما صرف مقاول البناء الأصلى عن فحصه ، أى أنه لكى يبقى مقاول البناء من الباطن ضامناً للعيوب الظاهرة يجب أن يسلك فى ذلك مسلك ايجابى بالإخفاء أو التأكيد ولا يكفى الموقف السلبى (٣) بل يلزم الغش بقصد الأضرار من جانب مقاول البناء من الباطن .

هذا ويجوز الاتفاق بين المقاول الأصلى للبناء ومقاول البناء من الباطن أن يبقى الأخير ضامناً للعيوب الظاهرة فى عقد مقاولة البناء من الباطن لأن هذا الحكم مكمل ، فيجوز الاتفاق على خلافه ، وهذا الاتفاق يسرى

---

(1) Douai 14 mars 1461 , D . 1961, 673 .

(٢) انظر كاستون ، مرجع سابق ، تسلم الأعمال الخاصة ص ٧٩٩ – كاريلا ، مرجع سابق ، فصل ص ٢٤.

(٣) انظر د/ مصطفى الجارحى ، مرجع سابق ص ٥٨ ، وانظر عكس ذلك د/ محمد شكرى ، مرجع سابق ص ٢٤٩ هامش ٢٠٥ .

بالنسبة للعيوب التى لم تكتشف عند التسليم والتسلم ، أما العيوب التى اكتشفها مقاول البناء الأصلى عند التسليم والتسليم فلا يسرى عليها هذا الاتفاق، وإنما يسرى الأثر المبرىء للتسليم عليها ، إلا إذا جاء الاتفاق عاماً وشمل العيوب الظاهرة التى اكتشفت والتى لم تكتشف ، ويجوز الاتفاق على انقضاء الالتزام بضمان سلامة العمل ، وبضمان العيوب الخفية بتسلم المقاول الأصلى للبناء العمل من مقاول البناء من الباطن (١) .

ب - نقل الحراسة من مقاول البناء من الباطن إلى مقاول البناء الأصلى

٧٥ - يترتب على التسليم والتسلم بين مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلى نقل عبء تبعة العقار الذى تم تشييده ، وتبعه العقار قد تكون تبعة حراسة ، تبعة هلاك إلا أننا سنقصر حديثاً هنا عن تبعة الحراسة على اعتبار أننا سوف نتناول تبعة الهلاك (التهدم) فيما بعد. (٢)

٧٦ - إن الحراسة على الأشياء أساسها السيطرة الفعلية على الشىء ، فحراسة البناء تتطلب أن يكون للحارس سيطرة فعلية على البناء سواء كان مقاول البناء من الباطن هنا أو مقاول البناء الأصلى أو مالكه لأن الحراسة لا ترتبط بملكية البناء ، وبالتالى فمن يكون له السيطرة الفعلية على البناء فيكون حارسة ، وبالتالى يكن لحارس البناء بمقتضى السلطة الفعلية

---

(١) أنظر انور طلبه مرجع سابق ، نماذج العقود والتصرفات القانونية ص ٥٢٧ نموذج ١٧٤ البند الثالث .

(٢) انظر من هذا البحث ص ١٤٤ ومابعدها بند ١٠٧ ومابعده ،

التى له على البناء حفظه وترميمه وصيانته من آن لآخر اذا مادعت الحاجة إلى ذلك حتى لا يهدد البناء الغير بالخطر سواء فى انفسهم أو فى أموالهم.(١) – وعلى ذلك فمن تكون له السيطرة الفعلية بصرف النظر عمن يملكه من عدمه كان حارساً له ، ويكون مسئولاً عما ينتج عنه من ضرر بسبب أهمال فى صيانته أو قدم فى البناء أو عيب فيه .

ولا يستطيع أن ينفى مسئوليته إلا اذا أثبت أن الحادث إنما يرجع سببه إلى أسباب أخرى غير تلك التى ذكرت . وقد نصت على ذلك المادة ١٧٧ مدنى مصرى بقولها « إن حارس البناء، مسئولاً عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداماً جزئياً ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى أهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب به » .

بعكس المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى التى تجعل المسئولية على مالك البناء وليس على حارسه ، وعلى ذلك فهى تربط التبعة بالملك لا بالحراسة(٢)، وقد ذهب البعض فى الفقه الفرنسى إلى تأييد ذلك بقولهم بأنه بإمكان الغير المضرور أن يرجع على مالك البناء (رب العمل) بالتعويض عن الضرر باعتباره حارس البناء ، ويستند هذا الرأى إلى أن مواد البناء

---

(١) انظر انور سلطان ، الموجز فى مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٠. بند ٥٠٢ ص ٤١٣ – د/ محمد لبيب شنب، المسئولية عن الأشياء ، رسالة دكتوراه بند ٥٦ وما بعده ص ٧٦ / ٧٧ . ود/ عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزامات ج٢ مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ م مطبعة نهضة مصر ص ٥٤٢ – أحمد حشمت ابو ستيت ، مصادر الالتزام ط ٢ سنة ١٩٥٤ ص ٤٩٩ وما بعدها .
– نقض مدنى مصرى فى ١ مارس ١٩٧٧ – محمدى أحكام النقض ق ١٠٩ ص ٥٩١.

(٢) انظر مازو ، مطول المسئولية المدنية ، ج٢ ط ٦ سنة ١٩٧٠م بند ١٠٢ ص ١٨ إلى بند ١٠٣٥ ص ٢٤

التى يستحدثها مقاول البناء الأصلى أو مقاول البناء من الباطن فى البناء تصبح مملوكه لرب العمل (مالك البناء) فور اندامجها فى البناء أولاً بأول [١] ونرى أن هذا الرأى محل انتقاء لأنه من المسلم به قانوناً أن حراسة البناء لا ترتبط بالضرورة بملكيته وعلى فرض صحة ما استند اليه الرأى السابق من أن المواد المستخدمة فى البناء يتملكها مالك العقار فور اندامجها إلا أن السيطرة الفعلية على البناء وهى أساس الحراسة تظل لمقاول البناء الأصلى أو لمقاول البناء من الباطن حتى تنتهى الأعمال وتسلم بالفعل إلى مالك البناء[٢] .

٧٧ – ومما سبق نجد أنه قبل تسليم البناء إلى مقاول البناء الأصلى، فإن السيطرة الفعلية تكون قائمة لمقاول البناء من الباطن ، وبالتالى تكون له القدرة على حفظ المبنى وصيانته وبالتالى حماية الغير من الأضرار التى يمكن أن يلحق به من المبنى ، ولذا كان مقاول البناء من الباطن حارساً للبناء خلال مدة تشييده واقامته وحتى تسليمه إلى مقاول البناء الأصلى ، وبالتالى يكون مسئولاً عما ينجم عن البناء من ضرر للغير فى نفسه أو ماله يرجع سببه إلى إهمال مقاول البناء من الباطن فى الحفظ والترميم أو عيب

---

(١) أشار إلى الرأى السابق ، دابان ص ٢٦٩ ، وأنظر فى عرضه د/ شكرى سرور ، مرجع سابق ص ١٦٨ / ١٦٩ بند ١٤

(2) V. Civ 15/4/1967 Jc.P . 1965 -2 - 13 992 et note P.E Civ 1970 P. 501 No 690 et en meme sens labin pp. 269 - 270 .

– انظر د/ جميل الشرقاوى ، النظريه العامه للالتزامات ج ١ ، مصادر الالتزام ط ١٩٧٤ م ص ٨٤ بند ٢٣ .

– د/ محمد شكرى سرور مرجع سابق ، ص ١٦٩ .

فى البناء ذاته (١) .

ولكن بمجرد تمام تسليم المبنى إلى مقاول البناء الأصلى تنتقل اليه مسئولية الحراسة على البناء لأن السيطرة الفعلية عليه أصبحت لمقاول البناء الأصلى، وبالتالى فإنه يكون مسئولاً عن الأضرار التى تلحق بالغير بسبب أهمال الصيانة أو العيب فى البناء ، وتنتفى مسئولية مقاول البناء من الباطن.

هذا وتنتقل مسئولية الحراسة بالتسليم النهائى للمبنى أى بإتمام عملية التسليم والسلم بين مقاول البناء من الباطن ، ومقاول البناء الأصلى(٢).

– ولكننا نؤيد الرأى الذى يرى (٣) أن انتقال الحراسة يترتب منذ التسليم المؤقت للأعمال ، وليس التسليم النهائى ، لأن السيطرة الفعلية تنتقل إلى مقاول البناء الأصلى بالتسليم المؤقت للأعمال ، لأن وجود تحفظات لمقاول البناء الأصلى على بعض الأعمال لا تمنع من وجود السيطرة الفعلية لمقاول البناء الأصلى على المبنى ، فإذا كان له الحق فى مطالبة مقاول البناء من الباطن باصلاح هذه الأعمال ، إلا أن البناء ككل قد أصبح تحت سيطرة مقاول البناء الأصلى المؤقته ، وبالتالى اذا نتج ضرراً

---

(١) كاريلا – مرجع سابق – فصل F ص ٢٧

(2) V.LABIN (J.Edouard) : La responsabilité des architectes et son assurance. Thése P. 270 paris 1978 .

(3) KARLA (J.P.) : Les responsabilites de constructeurs " Ce quil vous Faut savoir " Ency. DGLMAS Pour La vie des affairs 1 ere éd , J.D. ELMAS ET CIE. P. 27 * 1981

للغير من المبنى فإن الغير يحق له أن يرجع على مقاول البناء الأصلى بالتعويض طالما أن المبنى تحت سيطرته الفعلية ، واذا كان سبب الضرر اجراء الترميمات التى يقوم بها مقاول البناء من الباطن والتى تتعلق بالتحفظات التى أوردها مقاول البناء الأصلى ، فإنه يحق لمقاول البناء الأصلى أن يختصمه فى دعوى المسئولية المرفوعة ، أو يرجع عليه بما دفعه من تعويض للمضرور ، والسبب فى الرجوع هنا أن الضرر يرجع إلى عيب فى البناء فيسأل عنه مقاول البناء من الباطن .

جـ - استحقاق الأجر وموقف الفقه الإسلامى

٧٨ - يترتب على قيام مقاول البناء من الباطن بتنفيذ التزامه بتسليم البناء بعد إتمام انجازه، استحقاقه أجره أو ما تبقى منه لدى مقاول البناء الأصلى ، هذا ويلتزم مقاول البناء الأصلى بدفع الأجر وما تبقى منه مضافاً إليه نفقات الوفاء والفوائد المستحقه على الأجر من يوم المطالبة القضائية به وفقاً للقواعد العامة (م ٢٢٦ مدنى مصرى) وإن كان البعض يرى أنه إذا كان مقاول البناء من الباطن هو الذى قدم المواد المستخدمة فى صنع الشىء ، فإن العقد يكون ذا طابع مختلط ، وبالتالى تسرى الفوائد من يوم تسليم الشىء طبقاً لأحكام عقد البيع[١] .

والأصل أن مقاول البناء من الباطن يستحق الأجر فى الوقت المتفق عليه فى عقد مقاولة البناء من الباطن ، فقد يكون مقدماً على انجاز العمل،

---

(١) بلانيول ، وريبير ، وروانس ، مرجع سابق ، ص ١٧١ بند ٩٣٢ ، عرائض ١٩ يوليه ١٨٧٠ داللوز ١٨٧٢ - ١ - ٨ - ١٨

أو لاحقاً بعد انجاز العمل ، أما إذا لم يوجد اتفاق على وقت دفع الأجر فيستحق مقاول البناء من الباطن الأجر عند تسليم العمل لمقاول البناء الأصلى بدون اعتراض منه واقراره بمطابقته للمواصفات المتفق عليها (١) .

- ولكن إذا تعدد مقاولى البناء من الباطن ، فإن توزيع الأجر عليهم بحسب الأصل يكون بقدر العمل الذى أنجزه كل واحد منهم وتقدير قيمة العمل يرجع فيه إلى العرف المكمل هنا ، وذلك مالم يتم الاتفاق بينهم على النسبة التى يستحقها كل منهم من الأجر فإذا اتفقوا على استحقاق كل منهم لأجر محدد فقد يزيد عن مقدار العمل أو يقل ويحق لأى منهم الطعن فيــه (م ٦٥٩ مدنى مصري).

٧٩ - ولكن ماهو الحكم فى حالة تحديد مقدار الأجر بالطريق الجزافى ؟ فهل يحق لمقاول البناء من الباطن طلب تعديله أم لا يحق له ؟.

نود أن نشير هنا إلى أن نص المادة ٦٥٨ مدنى مصرى والتى أشارت إلى حالة إبرام العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل (مقاول البناء الأصلى هنا) حيث قضت بأن المقاول (مقاول البناء من الباطن هنا) ليس له أن يطالب بأية زيادة فى هذا الأجر إلا وفقاً لحالات معينة ليس هناك ما يمكن تطبيقها على العلاقة بين مقاول البناء الأصلى

---

(١) بودرى وفال ، مرجع سابق ، ص ١١٤٢ بند ٤٠١٨٥ .

- Baudry - Lacantinerie et wahl (A) ; Traite Théorique et pratique de proit civil , Du contrat de lauaque , Tome 11 3eme édition 1907 P . 11 H2 140 : 4018 .
- Pezous (E) : Des devis at marches, au point de vue du droit civil, prais 1880 P. 17 - 18 .

(رب العمل العرضى)، ومقاول البناء من الباطن . هذا وقد نص المادة ٦٥٨ مدنى على أنه « نصت المادة ٦٥٨ مدنى على أنه»:

١- اذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره .

٢ - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

٣- وليس للمقاول إذا ارتفعت اسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً.

٤- على أنه اذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز القاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد "وذلك إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة .

وطبقا للفقره الاولى من نص الماده المذكوره سابقا لا يحق للمقاول (أى مقاول البناء من الباطن هنا) طلب زياده الاجره من مقاول البناء الأصلى (وهو رب العمل العرضى) طلب زياده الاجر الا فى حالتين : الأولي: أن تكون زيادة الأجرة بسبب خطأ من مقاول البناء الأصلى ، وفى هذه الحالة يستوى ان يكون بخطأ رب العمل الحقيقى أو بخطأ من مقاول البناء

الأصلى، كأن يتراخى مقاول البناء الأصلى فى استخراج ترخيص البناء حتى فات الميعاد المحدد لبدئه ، وكان مقاول البناء من الباطن قد تعاقد مع عمال أو استأجر آلات ، فإن زيادة نفقاته بسبب هذا التأخير تجيز لمقاول البناء من الباطن طلب زيادة الأجرة ، أو أن يخطيء مقاول البناء الأصلى عند تسليم الارض المراد البناء عليها فقام بتسليمه ارض الغير ، وبدأ مقاول البناء من الباطن فى العمل فعلا ثم اضطر إلى إزالة ما قام بعمله ، فيكون لمقاول البناء من الباطن ان يطلب زياده الأجرة بمقدار ماتكبده من نفقات بسبب اضطراره الى إزالة واعادة البناء من جديد [١] .

أما الحالة الثانية : وهى التى تتعلق بزيادة الأجر بسبب التعديل أو الإضافة فى التصميم ، فيلزم أن يصدر هذا التعديل أو الإضافة من مقاول البناء الأصلى - إلا أنه يجب أن يخـالف أحكام عـقـده ويلزم بدوره أن يستصدر أذن رب العمل ، وإلا كان مرتكب خطأ عقدياً لإجراء تعديل فى التصميم دون إذن رب العمل الحقيقى - وبالتالى فلا يستحق مقاول البناء من الباطن أية زيادة فى الأجرة إلا إذا كان متفقاً على أجرة التعديل مع مقاول البناء الأصلى .

- أما بالنسبة لما جاء بالفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى المذكورة سابقاً فاشترطت أن يكون الاتفاق فى حالتنا هنا كتابة بين مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلى ، ولكن ذهب جانب من الفقه [٢] إلى القول بأن

---

(١) د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ١٦٦ / ١٩٧ بند ١٤٠ .

(٢) انظر فى ذلك الرأى د/ السنهورى ، الوسيط ج ٧ ص ٢١٥ .

ذلك الحكم يسرى فقط فى العلاقة بين مقاول البناء الأصلى ورب العمل ، أما فى العلاقة بين مقاول البناء الأصلى ، ومقاول البناء من الباطن فيجب على مقاول البناء الأصلى أن يدفع الزيادة فى الأجرة وذلك دون حاجة إلى أن يكون هناك اتفاق بالكتابة لا على التعديل فى ذاته ولا على مقدار الزيادة فى الأجرة .

ولكننا نرى : أنه يلزم الاتفاق كتابة بين مقاول البناء الأصلى ومقاول البناء من الباطن على التعديل أو الإضافة وعلى زيادة الأجرة ، وذلك لأن لفظ المقاول عندما يطلق يؤخذ بصفة عامة دون نعت ، ولعل الرأى السابق قد ركن فى تفسيره إلى تفسير خاص لكلمة العقد الاصلى الذى سبق العقد من الباطن، ولكن هذا التفسير غير مقبول لأن المادة ٦٥٨ سبقت النصوص الخاصة بالمقاولة من الباطن ، ولذا يجب حمل حكمة العقد الأصلى للدلالة على العقد الذى لحقه التعديل أو الإضافة سواء كان عقداً أصلياً أو عقداً من الباطن (١).

- كما تقتضى الفقرة الثالثة أيضاً من النص المذكور سابقاً بأنه ليس للمقاول (مقاول البناء من الباطن فى حالتنا) أن يطلب زيادة الأجرة ولو صار تنفيذ العقد عسيراً **ولكننا نرى** أن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام ويجوز الاتفاق على عكسه ، كما أنه لا يعطل تطبيق نص المادة (٤٧) الفقرة الثانية (٢) الخاصة بالظروف الطارئة، ما أنه لا يعطل حكم الفقرة الرابعة من

---

(١) انظر فى تأييد هذا الرأى د / مصطفى الجارحى ، مرجع سابق ، ص ٧٢ .

(٢) نص المادة ٤٧ ١/٢ مدنى على أنه « .... (٢) ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وأن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخساره فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

المادة ٦٥٨مدنى والتى تعتبر تطبيقاً للمادة ١٤٧ وخاص بعقد المقاولة (١).
وهذه المواد جميعها تواجه إزدياد نفقة العقد لظروف خارجه عن المتعاقدين كأسعار المواد الأولية ، وأجور الأيدى العاملة (٢) .

- ومع ذلك فإن زيادة الأجر يجب الا تتجاوز ماهو لازم لرفع الإرهاق غير المتوقع عن المقاول من الباطن ، ويكون ذلك بتحميل مقاول البناء من الباطن الزيادة المألوفة فى أسعار المواد الأولية وأجور العمال ، لأن هذةالزيادة متوقعة ، وبالتالى يدخل فى تقدير مقاول البناء من الباطن عند ابرام عقد مقاولة البناء من الباطن ، أما الضرر غير المألوف من الزيادة فيوزع على مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلى .

ويمكن للقاضى بالإضافة إلى الحكم بزيادة الأجرة أو الفسخ وفقاً لمادة ٦٥٨ / ٤ مدنى أن يحكم بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الاستثنائى اذا كان وقتى وينتظر زواله بعد وقت غير طويل بشرط الا يترتب على ذلك فوات الفائدة التى يقصدها رب العمل من وراء انجاز العمل(٣) وذلك تطبيقاً لنص المادة ١٤٧ / ٢.

٨٠ - ولكن هل يستحق مقاول البناء من الباطن لأجرة اذا هلك البناء؟

يستحق مقاول البناء من الباطن أجره بعد أن يتم التسليم ، ولو هلك البناء فيما بعد ، لأن هلاك البناء بعد التسليم لا ينقص حقوقه أو التزاماته التى تبدأ فى مرحلة ما بعد التسليم ، أما اذا هلك البناء بعد التسليم فتطبق

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٢
(٢) انظر فى تأييد ذلك د/ مصطفى الجارحى ، مرجع سابق ، ص ٧٢.
(٣) السنهورى ، ج٧ ص ٦٤٦ بند ٤٢١ .

أحكام المادة ٦٦٥ / ١ مدنى مصري وهى التى تقضى بأنه اذا هلك البناء قبل التسليم للمقاول الأصلى بسبب حادث مفاجىء، فلا يحق للمقاول البناء من الباطن أن يطالب بأجره ولا يرد نفقاته ، ويكون هلاك المادة التى استخدمت فى البناء على من قام بتوريدها من الطرفين أى سواء مقاول البناء الأصلى أو مقاول البناء من اباطن . وعله ذلك : أن مقاول البناء من الباطن هنا يعمل استقلالاً فى تنفيذ العمل فهو الذى يتحمل مخاطره (١) .

- أما إذا كان مقاول البناء الأصلى قد أعذر مقاول البناء من الباطن بتسليم الشىء له أو كان هلاك الشىء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطأ مقاول البناء من الباطن ، وجب عليه تعويض مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) بمقتضى المسئولية العقدية وكذا رب العمل الأصلى بمقتضى المسئولية التقصيرية عما يكون قد ورده أى منهما من مادة العمل (٦٦٥ / ٢ مدنى مصرى) .

أما اذا كان مقاول البناء من الباطن قد أعذر مقاول البناء الأصلى بأن يتسلم البناء أو كان هلاك البناء أو تلفه راجعاً إلى خطأ مقاول البناء الأصلى أو إلى عيب فى المادة التى وردها، كان هلاك المادة على مقاول البناء الأصلى ، وكان لمقاول البناء من الباطن الحق فى الأجره ، وفى التعويض عند الاقتضاء (٦٦٥ / ٣ مدنى مصرى).

٨١ - ومن الضمانات التى أوجدها المشرع لأجر مقاول البناء من الباطن أنه أعطاه الحق فى حبس البناء الذى قام بتشييده وعدم تسليمه إلى مقاول البناء الأصلى، إذا أمتنع هذا الأخير عن الوفاء بالأجر المتفق عيه، أو

---

(١) انظر مازوا ، العقود الرئيسيه ، مرجع سابق ، فقره ١٣٥٦ ص١٠٩٠ .

لم يعرض دفعه مادام الأجر يستحق الوفاء فى الوقت الواجب تسليم العمل فيه ، ويظل لمقاول البناء من الباطن حبس العين حتى يقوم مقاول البناء الأصلى بدفع هذا الأجر، أو يقدم تأمينا كافياً للوفاء به (م ٢٤٦ / ١) ، ولكن ينقضى حق مقاول البناء من الباطن فى حبس البناء اذا سمح للمقاول الأصلى بتسلم العمل .

– كما يكون لمقاول البناء من الباطن امتيازاً على المنشأت التى قام بتشييدها أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها بقدر مازاد فى قيمتها بسبب الأعمال التى قام بها (م ١١٤٨ مدنى) والحكمة من ذلك أن عمل مقاول البناء من الباطن هو سبب زيادة قيمة البناء ، ولذلك كان من العدالة أن يستوفى أجره من هذه القيمة بالأولوية على غيره ، ويجب أن يكون الامتياز مقيداً ، وتكون مرتبته من وقت القيد (١) .

د - موقف الفقه الاسلامى من الآثار المترتبة على قيام مقاول البناء من الباطن بتسليم البناء :

٨٢ – يرتب الفقه الإسلامى بعض الآثار على قيام مقاول البناء من الباطن بتسليم البناء إلى مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) منها ، استحقاقه للأجر ، ورتب أيضاً بعض الأحكام التى تتعلق بهلاك العين فى يد مقاول البناء من الباطن سنتناولها على الوجه الآتى :

– يلتزم مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) بدفع الأجرة لمقاول البناء من الباطن مقابل إنجازه للعمل وقد أمر الشارع بالوفاء بها

---

(١) انظر د/ عبد الفتاح عبد الباقى ، الوسيط فى التأمينات العينية عام ١٩٥٤ ص ٤١٧ بند ٤٦٦ – د/ منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ص ٢٧٦ .

وحذر من أكلها أو تأخيرها : قال الله تعالى : (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) (١) وقال النبى ﴿ ﷺ ﴾ : (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) (٢) .

ووجه الدلاله فى النصوص السابقة هو الأمر، والأمر يقتضى الوجوب إذا لم يصرفه عن الوجوب ولا صارف له هنا .

وقد توعد الله سبحانه وتعالى الذين يمنعون أجر العامل فى الحديث القدسى حيث قال الله تعالى : (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامه ، رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطيه أجره) (٣) .

٨٣ – ومن شروط الأجرة : أن للأجره فى عقد مقاولة البناء من الباطن شروط تشترط فيها كما يشترط فى أى محل للالتزام وهى على ما يأتى :

أ – أن يكون الأجر موجوداً أي منصوصاً عليه فى عقد مقاولة البناء من الباطن حتى لا تكون هناك جهالة مفضية الى النزاع ، فإذا لم يذكر الأجر فى العقد الذى يقصد منه المعارضة فإن العقد يكون باطلاً فى الفقه الإسلامى (٤) .

---

(١) الطلاق : ٦

(٢) أخرجه بن ماجه وصححه الألبانى : انظر صحيح ابن ماجه (١٩٨٠) والإرواء الالبانى ، (٣٤٩٤٨) ، المكتب الاسلامى ، ط ١ ، ١٩٨٦ م .

(٣) أخرجه البخارى فى البيوع ١ / ٢٢٢٧ وغيرها .

(٤) انظرمجلة هدى الإسلام ، على عبد ابو البصل ، وزارة الاوقاف ، الاردن ، العدد السادس ، المجلد ٣٢ / ١٤٠٨ هـ .

وقال الرملى : (ولو عمل لغيره عملاً بإذنه كأن دفع ثوباً إلى القصار ليقصره أو إلى خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أحدهما أجرة ولا ما يفهمها فلا أجرة له لتبرعه) (١) .

ب – أن يكون البدل معيناً أو قابلاً للتعيين بشكل لا يؤدى إلى جهالة تسبب التنازع والأختلاف(٢) .

وذلك مصداقاً لقول النبى صلى الله عليه وسلم (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره) (٣).

٣ – أن يكون الأجر مشروعاً : أى يجب الأجر مالا متقوماً يتاح الانتفاع به وبالتالى لا يصح أن يكون البدل مالا منفعة فيه ، كالخمر ولحم الخنزير . لقوله النبى ﴿ ﷺ ﴾ (أن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام) (٤).

ومن شروط استحقاق مقاول البناء من الباطن لأجرة تجاه رب العمل العرضى (مقاول البناء الأصلى) أن يلتزم الأول بإنجاز البناء وتسليمه لأن

---

(١) نهاية المحتاج ، الرملى ، ج٥ ص ٣١١

(٢) جاء فى كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار ، تقى الدين ، أبى بكر بن محمد الحسينى الشافعى ج١ ص ٥٨ « بقولنا بعوض معلوم إحترزنا به عن الأجرة المجهولة فإنها لا يصح جعلها أجرة ، فإنه ثمن المنفعة وشرط الثمن أن يكون معلوماً ، ولأن الجهل به غرر»- الطبعة الثالثة ، الشؤون الدينية بدولة قطر .

(٣) أخرجه البيهقى وضعفه ، راجع الإرواء ، الألبانى : ١٤٩

(٤) انظر الإجاره الوارده على عمل الانسان ، د/ شرف على الشريف ، دار الشروق جده ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٠ هـ – ١٩٨٠ م .

الأجرة تلزم بانجاز البناء وتسليمه ، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك (١).

٨٤ - **وكيفية التسليم** : أما فيما يتعلق بكيفية التسليم التى يستحق بها مقاول البناء من الباطن الأجرة لا تعدوا أن تكون أحد أمرين :-

أ - فإذا كان مقاول البناء يعمل فى البناء وهو فى حيازته حيازة تامة فإنه لا يكون مسلماً للبناء إلا بالتخلية بينه وبين البناء بحيث يكون فى حيازة مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى).

ب - اما إذا كان البناء فى حيازة مقاول البناء الأصلى ، ويعمل فيه مقاول البناء من الباطن فإنه يكون قد سلم البناء فور انتهائه من العمل ، ويستحق على ذلك الأجرة (٢) .

٨٥ - أما اذا هلك البناء فى يد مقاول البناء من الباطن أى قبل تسليمه وأقام البينه على عدم تفريطه أو تعديه عليها فهو غير ضامن لها، ولكن هل يلزم مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) دفع الأجرة له ؟ اختلف الفقهاء فى مسألة الأجير للمشترك (مقاول البناء من الباطن) على ثلاثة آراء:-

---

(١) انظر : د/ شريف على الشريف، المرجع السابق ، ص ٢٧٤ .

(٢) جاء فى المغنى قوله (وكل من أستؤجر على عمل عين فلا يخلوا إما أن يوقعه وهو فى يد الأجير كالصباغ يصبغ فى حانوته ، والخياط فى دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها إلى المستأجر ، ولا يستحق الأجر حتى يسلمه مفروغاً منه ، لأن المعقود عليه فى يده فلا يبرأ منه حتى يسلمه إلى العاقد كالبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسلمه للمشترى ، وأما إن كان يوقع العمل فى ملك المستأجر مثل أن يحضره المستأجر إلى داره ليخيط فيها فإنه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لأنه فى يد المستأجر فيصير مسلماً للعمل حالاً فحالاً ، ولو استأجر رجلاً يبنى له حائطاً فى داره أو يحفر فيها بئراً لبرىء من العمل واستحق أجره بمجرد عمله » - والمغنى والشرح الكبير ، لابن قدامه ج٦ ص ١١٤ ، طبعة المكتبة السلفيه - المدينة المنورة .

الأول : أن مقاول البناء من الباطن إذا أثبت هلاك العين بدون تعد منه فلا ضمان عيه ولا أجرة له وذلك قياساً على مسألة الأجير، وممن قال بهذا الرأى مالك فى المدونة ، وابن القاسم من المالكية وبعض الحنابلة (١) .

والثانى : أن المقاول البناء من الباطن (الأجيرالمشترك) أجره إذا فرغ من جميع العمل أو بعضه(٢)، والرأى الثالث : قال به جمهور الفقهاء حيث فصلوا القول بأنه : اذا إنفرد الصناع (مقاول البناء من الباطن) باليد على العين (البناء) فلا أجرة له ، لأن الأجرة لايستحقها إلا بتسليم العين (البناء) إلى مقاول البناء الأصلــى (رب العمــل العرضى). أما إذا لم ينفرد العامل (مقاول البناء من الباطن) باليد على العين المصنوعة أو كانت يحضرها رب العمل (مقاول البناء الأصلى) فإنه يستحق الأجــرة بالفراغ من العمــل لأن يد المستأجر عليه فوقع العمل مسلماً لصاحبه ، فإذا فرع منه فقد استلمه صاحبه، (٣) .

والراجح من وجهة نظرنا:أن مقاول البناء من الباطن لا يستحق الأجر من مقاول البناء الأصلى إذا هلك البناء وهو فى حيازته بأمر غالب لا يمكن

---

(١) جاء فى المدونة الكبرى ، الامام مالك ج٣ ص ٤٤٠ - دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت لبنان ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م (أما ما ضاع عند أهل الأعمال مثل الصباغين والخياطين ومن ذكرت منهم فلا أجر لهم وعليهم الضمان لازم .... إلا أن تقوم لهم بينه على الضياع فيبرؤون من الضمان ولا أجر لهم لأنهم لم يسلموا ماعملوا إلى أرباب ذلك المتاع) - وانظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد طبعة ٦ سنة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ ، دار المعرفة بيروت - ج٢ ص ٢٣٣ .

(٢) انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سابق ، ج٢ ص ٢٣٣ حيث قال ابن المواز « لهم الأجره .... ووجه ما قال أن المعيبة اذا أنزلت بالمستأجر فوجب الا يمضى عمل الصناع باطلاً »

(٣) انظر شرح روض الطالب فى اسنى المطالب ، أبى يحيى زكريا الانصارى الشافعى ج٢ ص ٤٢٦

التحرز منه ، كما أنه لا ضمان عليه سواء كان فى حضرة مقاول البناء الأصلى ، أو لم يكن ، لأن إتلاف البناء من غير تفريط أو تعد منه قضاء وقدر حل بمال رب العمل (مقاول البناء الأصلى) والمقاول من الباطن معاً أى بجهد مقاول البناء من الباطن، ومال رب العمل (مقاول البناء الأصلى) والقول بإلزام المقاول من الباطن بالضمان أو الزام مقاول البناء الأصلى بدفع الأجرة فيه ضرر بأحدهما لا محالة ومخالفة للقاعدة التى تجرى عليها الأحكام (لا ضرر وضرار) .

٨٦ – وهل يكون لمقاول البناء من الباطن الأجرة إذا كان التأخير بسبب مقاول البناء الأصلى) ذهب ابن قدامه إلى القول بأن مقاول البناء من الباطن (الأجير) لا يستحق الأجر طالماً لم يعمل سواء كان بسبب يرجع إلى مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضي) أو لسبب غيره لأن مقاول البناء الأصلى لم يستوف العمل من مقاول البناء من الباطن حتى يلتزم بدفع الأجر له[1] .

علاوة على أن مقاولات البناء فى هذا العصر قد تكلف أجرتها فى مدة التأخير مبالغ كبيرة فى بعض حالاتها فلو أوجبنا على رب العمل (مقاول البناء الأصلى) فى حالتنا هنا دفع الأجرة للحق به ضرراً خلافاً للقاعدة أنه « لا ضرر ولا ضرار » .

---

(١) جاء فى المغنى والشرح الكبيرة ، لأبن قدامه ج٦ ص ١٢٦ (ومن أستؤجر على عمل موصوف فى الذمة كالخياط أو بناء .... فبذل الأجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الأجرة بذلك ، لأنه عقد على المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها ».

ولكن يحق لمقاول البناء من الباطن في هذه الحالة أن يطلب فسخ العقد (عقد المقاول من الباطن) ولا يلتزم بأي جزاء تجاه مقاول البناء الأصلي من جراء تأخير رب العمل (مقاول البناء الأصلي) له .

٨٧ – هل يحق لمقاول البناء من الباطن حبس البناء حتى يستوفي أجرة من رب العمل (مقاول البناء الأصلي) أم لا ؟.

أختلف الفقهاء في مسألة حبس الأجير العين حتى يستوفي أجره على ثلاثة أقوال : –

الأول : لا يجوز للأجير (مقاول البناء من الباطن هنا) حبس العين[1] (البناء) لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له أحتباسها . **والثاني** : قال بجواز قيام الأجير (مقاول البناء من الباطن في حالتنا) بحبس العين (البناء) حتى يستوفي أجره وهذا هو رأي الجمهور[2] وذلك لأن عمله ملكه

(١) جاء في المجموع ، للنووي ج١٥ ص ١٠٩ طبعة دار الفكر – بيروت لبنان « قال الشيرازي : اذا إستأجر صانعاً على عمل فعمل فهل له أن يحبس العين على الأجرة ؟ فيه وجهان : الأول : لا يجوز لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له أحتباسها ، كما لو أستأجره ليحمل له متاعاً فحمله ثم أراد أن يحبس العين على الأجرة » .

(٢) جاء في كشف الحقائق شرح كنز الدقائق عبد الحكيم الافغاني ج٢ ص ٥٣ قوله « ومن لعمله أثر في العين (كالصباغ والقصار بحبسها للأجر) ، لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع (فإن حبس فضاع فلا ضمان) ، لأنه غير معتد في الحبس فبقي أمانه كما كان عنده (ولا أجر) لعدم تسلم المعقود عليه » . انظر المدونةالكبرى ، لأمام مالك ج٣ ص ٤٤٠ .

فجاز له حبسه على العوض كالبيع فى يد البائع [١] ، علاوة على أنه يجوز للأجير المشترك (مقاول البناء من الباطن) حبس العين المصنوعة (البناء) اذا أفلس المستأجر (مقالو البناء الأصلى) [٢] .

– ونرجح الرأى الذى ذهب إلى القول بأنه يجوز للأجير (مقاول البناء من الباطن) أن يحبس العين (البناء) من أجل الأجرة لأن مقاول البناء من الباطن قد تعلق حقه بالبناء بسبب عمله فيها فأصبح شريك المالك فى العين حتى يستوفى أجرته منه أو من غيره ، ولا شأن له بتفليس رب العمل (مقاول البناء الأصلى) مادامت العين (البناء) تحت يده وفى حيازته ، كما أن القول بالحبس فيه سد لذريعه مماطلة أرباب الأعمال لعدم الوفاء بما استحق عليهم للمقاولين من الباطن .

الفصل الثانى
نطاق المسئولية من حيث الضرر

٨٨ – إن مسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) إنما تخضع للقواعد العامة فى المسئولية العقدية ، ولا تخضع لأحكام المسئولية الخاصة المنصوص عليها فى المادة ٦٥١ مدنى مصرى (المسئولية العشرية) ، وإنما يكون ضامناً للمدة التى يحددها الاتفاق أو عرف المهنة وبشرط ألا تزيد عن خمسة عشر سنة وهى مدة

---

(١) انظر المهذب ، الشيرازى ج ١ ص ٤١٠ – بدائع الصنائع ، الكاسانى ج ٤ ص ٢٠٤ .

(٢) انظر منتهى الإرادات – تقى الدين محمد أحمد الفتوحى ، تحقيق د / عبد الغنى عبد الخالق ، مكتبة دار المعارف ، مصر ج١ ص ٣٩٣ .

التقادم المسقط لأى التزام [١] ، والسبب فى ذلك من وجهة نظر الفقه . يرجع إلى أن مقاول البناء الأصلى من أهل الخبرة والفن فلا يوجد مقتضى لحمايته حماية مشددة بإيجاب ضمان على مقاول البناء من الباطن مدة عشر سنوات ويكفى فى حماية مقاول البناء الأصلى الرجوع إلى القواعد العامة ففيها حماية كافية له [٢].

ولذا سنبحث نطاق مسئولية مقاول البناء من الباطن من حيث الضرر فى ضوء الأحكام العامة للمسئولية العقدية ، فنتناول بيان مفهوم الضرر والعيب الذى يتحقق به الضرر ثم الشروط الواجب توافرها فى العيب الموجب للمسئولية ، ثم تعقب ذلك بالحديث عن صور العيب الموجب لضمان مقاول البناء من الباطن ، وأخيرا التهدم كضرر يلحق بمقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) ونختتم المبحث بالتحدث عن حدود التعويض المستحق لمقاول البناء الأصلى تجاه مقاول البناء من الباطن وذلك فى مباحث على الوجه الآتى :

---

(١) انظر د/ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٧ ص ٢١٩ ، ص ٢٧٥ / ٢٧٦ .

(٢) انظر بلانيول وريبير ورواست ج ١١ فقرة ٩٥٤ – السنهورى ، ج ٧ ص ٢٧٦ وانظر رأينا فى المسألة فى هذا البحث ص ١٦٧ بند ١١٩ وما بعده .

المبحث الأول
مفهوم الضرر والعيب وشروطه

٨٩ - نتناول فى هذا المبحث بيان المقصود بالضرر والعيب وشروطه وصور العيب الموجب لمسئولية مقاول البناء من الباطن وذلك فى مطالب على الوجه الآتى :

المطلب الأول
مفهـــوم الضــــرر

٩٠ - إن الضرر ركن لقيام المسئولية العقدية تجاه مقاول البناء من الباطن، وإن لم تشر المادة ٢١٥ مدنى [١] إلى شرط تحقق الضرر، ولكن إغفال النص عن ركن الضرر فى المادة ٢١٥ مدنى ليس معناه أنه يكفى لقيام المسئولية العقدية تجاه مقاول البناء من الباطن مجرد أخلاله بالتزامه ، بل هناك كثير من النصوص أقتضت صراحة أو ضمناً وجود الضرر ليحق لمقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) المطالبة بالتعويض ومنها المواد ٢١٦، ٢٢١، ٢٢٢ / ١، ٢٢٤ / ١، ٢٢٥ من القانون المدنى، فالغرض من الزام المدين (مقاول البناء من الباطن) بالتعويض هو جبر الضرر الذى أصاب الدائن (مقاول البناء الأصلى) فهو ركن هام فى مسئولية مقاول البناء من الباطن العقديه تجاه مقاول البناء الأصلى ، فهناك كثيراً من

---

(١) نصت المادة ٢١٥ مدنى على أنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لابد له فيه ، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » .

الحالات يتحقق فيها خطأ مقاول البناء من الباطن دون أن يصيب الدائن (مقاول البناء الأصلى) من جرائه ضرر ما ، وكثيراً ما يكون ذلك فى الحالات التى يقتصر فيه خطأ مقاول البناء من الباطن على مجرد التأخير فى تنفيذ البناء .

- عبء اثبات الضرر :

٩١- وعبء اثبات الضرر بصفة عامة يقع على عاتق الدائن (مقاول البناء الأصلى) ، وهو ما يقتضى أيضاً ضرورة توافر علاقة السببية بين هذا الإخلال والضرر الذى لحق بمقاول البناء الأصلى [١] ولكن يكفى مقاول البناء الأصلى أن يثبت وجود عيب فى البناء حتى يفترض تحقق الضرر الموجب مسئولية مقاول البناء من الباطن ، وبالتالى يستحق التعويض إلا إذا أثبت مقاول البناء من الباطن أن مقاول البناء الأصلى لم يلحقه أى ضرر (م٢٢٤ مدنى)، أو أن العيب يرجع إلى سبب أجنبى أو قوة قاهرة لايد له فيهما .

- هذا ويشترط فى الضرر الذى يحقق مسئولية مقاول البناء من الباطن أن يكون محققاً أو محقق الوقوع فى المستقبل، كما يشمل التعويض عن الضرر المادى (م ٢٢١ مدنى) ، والأدبى (م ٢٢٢ /١ مدنى) ولكنه يقتصر على الضرر المتوقع [٢] إلا فى حالتى غش مقاول البناء من الباطن،

(1) Civ : 17-10-1978 D 1979 - i - r - 68 , civ : 25 - 5- - 1981 . Gp . 1981 - 2- - somm . p . 273 , civ : 24 - 10 - 1978 D 1979 - i - r - 85 .

(٢) الضرر المتوقع هو الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول (م ٢٢١ / ٢ مدنى)

وخطأه الجسيم (م ٢٢١ / ٢ مدنى) فيلتزم بالتعويض فيهما عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، هذا ويبرر قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع بفكرة الإرادة المفترضة، فالمسئولية العقدية تتميز بأنها تستند إلى العقد، والتعاقد كله يقوم على أساس ما يمكن توقعه عادة وقت اتفاق الطرفين إذ على هذا الأساس يحدد الطرفان التزاماتهما أى أن قصر التعويض على الضرر المتوقع مرجعه أفتراض شرط اتفاقى يخفف من المسئولية .

ويجوز لمقاول البناء من الباطن أن يشترط فى عقد المقاولة من الباطن عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من عماله الذى يستخدمهم فى إقامة البناء ، وفى هذه الحالة لا يلتزم إلا بتعويض الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع (م ٢١٧ / ٢ مدنى) (١) .

---

(١) نصت المادة ٢١٧ مدنى على أنه « (١) يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة . (٢) وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه (٣) ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » .

المطلب الثانى :

مفهوم العيب [١] وشروطه :

٩٢- لم يوضح لنا القانون المدنى فى نطاق أحكام المقاولة من الباطن مفهوم العيب الخفى ، وأساسه القانونى ومعياره وشروطه لكى يكون موجب لمسئوليتة مقاول البناء من الباطن ، ولذلك سنبحثه هنا قياساً على القواعد العامة فى ضمان البائع للعيوب الخفية لاتحاد العلة بينهما .

- ويقصد هنا بالعيب العيب الخفى الذى يصيب المبنى أو المنشأة والتى تقتضى أصول الصنعة وقواعد الفن خلوها منه، لأن التسليم لا يكونه أثر مبرىء بالنسبة له [٢] أما المسئولية تجاه العيوب الظاهرة ، فسبق أن تناولناها عندما تحدثنا عن التزامه بالتسليم للمبنى [٣] والعيب الخفى الذى يلحق بالمبنى يحقق مسئولية مقاول البناء من الباطن ، وذلك بصرف النظر عن مدى جسامته أو خطورته فالمسئولية العقدية تشمل جميع العيوب [٤]، وحتى ماكان ظاهراً منها مادام مقاول البناء الأصلى قد رفض تسلم البناء، وذلك بعكس المسئولية العشرية التى تقع على مقاول البناء الأصلى تجاه رب

---

(١) العيب : هو صفة فى الشيء (البناء) يخلو مثله منها عادة ، وينقص وجودها من قيمته أو من نفعه (قرب مصطفى الزرقا ، البيع ص ٢٣١ هامش (١). أو هى الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للشيء (البناء) نقص مدنى ٨ ابريل ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ - ٢٩٦ - ٥٨٧ .

(٢) السنهورى ج فقرة ٦٥ ص ١١٣ ، د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقرة ١٠٨ ص ١٢٦ ، كاريلا ، مرجع سابق فقرة ٣٠ ى .

(٣) انظر فى هذا البحث بند ٧٣ وما بعده ص ٩٧ ومابعدها تحت عنوان « آثار التسليم والاعفاء من العيوب الظاهرة).

(4) Ence zens : MAZAUD (H.L.J) P. 88 NO 1070 - 9

العمل حيث تفترض عيباً على درجة معينة من الخطورة، ولم يكن ظاهراً عند تسلم رب العمل البناء ، وإلا أفترض فيه - بقبوله هذا التسليم - أنه قد تغاضى عن العيب الظاهر .

- والقاعدة : أن مقاول البناء من الباطن لا يُلزم بالضمان اذا أقدم مقاول البناء الأصلى وتسلم البناء وبه عيب ظاهر ، ويجد هذا الحكم سنده القانونى فى افتراض العلم بالعيب الظاهر دون الخفى حيث يعتبر العيب الظاهر قرينه على علم مقاول البناء الأصلى بالعيب ، كما يجد أساسه فى افتراض خطأ مقاول البناء الأصلى عند تسلمه البناءرغم قدرته على كشف العيب ببذل عناية الشخص العادى (١).

- معيار خفاء العيب :

٩٣ - ولكن ماهو معيار خفاء العيب الموجب لضمان مقاول البناء من الباطن ؟ أشارت إلى هذا المعيار المادة ٤٤٧ مدنى مصرى فى مجال ضمان البائع للعيب الخفى ، وقياساً على ذلك نقول أن معيار الخفاء هو أن مقاول البناء من الباطن لا يضمن العيوب التى « كان يستطيع مقاول البناء الأصلى أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص البناء بعناية الرجل العادى » ويقصد به أن درجة العناية المطلوبة من مقاول البناء الأصلى للكشف عن العيب يجب أن يتمثل فى ذلك السلوك الذى يصدر من شخص متوسط الذكاء والتبصر .

---

(١) انظر فى هذا المبحث بند ٧٣ ص ٩٧ ومابعدها .

شروط العيب الخفى :

٩٤ – هذا ويشترط أن يكون العيب نفسه قائماً قبل التسليم أى يجب أن يكون العيب قديماً فى نشأته . كما يجب أن يتصل العيب بنشاط مقاول البناء من الباطن السابق على التسليم . فلا يضمن مقاول البناء من الباطن العيب الخفى فى عمله إلا اذا كان قديماً وسابقاً على التسليم أى أن مصدره راجعاً إلى فترة إقامة المبنى ، بمعنى أن يكون سببه موجوداً فى العمل عند معاينته وإقراره ولا يلتزم بضمان العيب الخفى إذا نشأ بعد التسليم (١) . لأن ذلك هو ما تقتضيه القواعد العامة الواجبة التطبيق على مسئولية مقاول البناء من الباطن (٢) ، وذلك على عكس المسئولية الخاصة بمقاول البناء الأصلى تجاه رب العمل حيث لم يقتصر المشرع على الزامه بالعيوب التى تكون فى عملهم وقت القبول ، بل جعلهم ضامنين لما ينشأ من هذه العيوب بعد ذلك فى خلال المدة المحددة قانوناً (٣) .

– كما يشترط أيضاً عدم علم مقاول البناء الأصلى بالعيب الخفى وقت التسليم والتسلم للمبنى: لأن مقاول البناء الأصلى عندما يتسلم المبنى رغم علمه بالعيب الذى يلحقه به تتجه نيته الضمنية إلى النزول عن حقه فى ضمان العيب الذى يعلم به ، وذلك قياساً على عقد البيع (٤)، علاوة على أن

---

(١) انظر مالان فووجستاز ، القانون العقارى فقرة ٨٩ ص ١١١ طبعة ١٩٨٠ وقارن محمد لبيب شنب، مرجع سابق ، فقرة ١٠٨ ص ١٢٧ ، السنهورى ، مرجع سابق فقرة ٦٥ ص ١/١٦ هـ ٣.

(٢) انظر د/ عبد الرزاق حسن يس ، مرجع سابق ، رسالة دكتوراه ص ٧٩٩ .

(٣) د/ محمد ناجى ياقوت ، مرجع سابق ، ص ٢٧٤ / ٢٧٥ بند ١٦٩

(4) COTTIN, Thesé, P. 185.

– د/ توفيق فرج ، عقد البيع والمقايضة ، فقرة ٢٣٧ طبعة ١٩٧٩ ، السنهورى الوسيط ج٤ مجلد ١ فقرة ٣٦٨ .

إقدام مقاول البناء الأصلى على تسلم البناء وبه عيب معين يؤدى إلى انتفاء الصفة المؤثرة عن هذا العيب لأن علمه بالعيب يدخل ضمن العناصر المحدده لحالة البناء الذى يعوّل عليها مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) ، وفقاً للاتفاق ، وذلك قياساً على ضمان البائع للعيب الخفى تجاه المشترى (١) ، ولا يفوّت بالتالى على مقاول البناء الأصلى تحقق الغرض المقصود من البناء ، فيتحدد هذا الغرض فى حدود الحالة المعيبة للشىء التى يعلم بها المشترى ، وعلى ذلك فإن مقاول البناء من الباطن لا يضمن العيب الذى يعلم به مقاول البناء الأصلى .

ولا يؤثر فى ذلك علم مقاول البناء من الباطن بهذا العيب أو حتى إخفاؤه للعيب (٢) كما يشترط فى العلم الذى ينتفى معه ضمان مقاول البناء من الباطن أن يكون علم مقاول البناء الأصلى بالعيب يقينياً ، ولا يكفى مجرد شكوكه حول وجود عيب فى البناء ، ولا يصح أن يكون افتراضياً (٣)، واذا انتفى العلم الفعلى لمقاول البناء الأصلى بالعيب ، فإنه يثبت له حقه فى ضمان العيوب الخفية ، ولا يؤثر فى ذلك إقراره عند تسلمه البناء بأنه قد

---

(1) Mazeaud : La responsabilite civile du vendeur fabricant, Rev. Trim t3 , N, 983 drcir 1955 .

(٢) انظر منصور مصطفى منصور ، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان فى عقدى البيع والايجار ، بحث فى مجدل العلوم القانونية والاقتصادية ، س ١ ، عدد ٢ ص ٥٥٣ وما بعدها .

(٣) نقض مدنى مصرى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٢ ، المحاماة ، س ٤٣ ، عدد ٧ ص ٨١٢ ، رقم ٤٦١ - مجموعة النقض المدنية س ١٣ ص ٨٠٨ رقم ١٢١ - نقض مدنى مصرى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٣ ، مجموعة النقض المدنية س ٥ ، ص ٣٠٧ رقم ٤٧ - - نقض مدنى مصرى ٢٨ / ٣ / ١٩٣٥ ، مجموعة عمر ج١ رقم ٢٤٢ ص ٦٦٥ المحاماه س ١٥ ، عدد ٩ ص ٢٤٦ رقم ١٧٩ - منصور مصطفى منصور ، بحثه السابق ص ٥٨٢

cottin, these P. 188 , Guillauard, T,I, N 478

عاينه وفحصه بمعرفة احد المتخصصين فنياً (١) .

- كما يشترط فى علم مقاول البناء الأصلى بالعيب الخفى أن يتعلق العلم بعيب محدد ، وعلمه بالنتائج المترتبة على وجود العيب ، كما يجب أن يتحقق علم مقاول البناء الأصلى وقت تسلمه البناء من مقاول البناء من الباطن(٢) .

كما يتحمل مقاول البناء من الباطن عبء اثبات علم مقاول البناء الأصلى بالعيب (٣) بناء على أن العيب خفى لايفترض بالتالى علم مقاول البناء الأصلى به ، فهو يدعى إذن أمراً على خلاف الوضع الظاهر الذى يؤيد أصلاً عدم معرفة مقاول البناء الأصلى بالعيب الخفى .

المبحث الثانى

صور العيب الخفى الموجب لضمان مقاول البناء من الباطن

٩٥ - تتنوع صور العيب بتنوع أسبابها ، وتعدد محالها فمنها ما يرجع إلى مانع أو اكثر يتعلق بالأرض ، ومنها ما يكون مصدرها خطأ فى التصميم ذاته ، ومنها ما يجد أساسه فى المواد المستعملة فى البناء ، ومنها ما يجد أساسه فى خطأ فى التنفيذ ، وسنتناول بيان تلك الصور وأثرها فى مسئولية مقاول البناء من الباطن على الوجه الآتى :-

---

(١) نقض مدنى مصرى ٢ مايو سنة ١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية التى تقررها محكمة النقض ج ١ ص ٣٦١ رقم ١٠٠ .

(٢) د/ عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع ، فى القانون المدنى ، فقرة ٣٣٦ طبعة ١٩٥٧.

(٣) نقض مدنى مصرى ٢٠ / ١٠ / ١٩٦٦ م ، مجموعة أحكام النقض المدنية س ١٧ ص ١٥٥٢ رقم ٢١٧ د/ عبد المنعم البدراوى مرجع سابق فقرة ٣٣٩ .

المطلب الأول

العيب المتعلق بالأرض

٩٦ – الأرض هى المسطح الذى يقـام عليـه البناء ، ولذا يجب قـبل إقامته التأكد من صلاحية الأرض لاقامة البناء عليها، والتأكد من صلاحيتها وقدرتها على تحمل الأحمال المتعلقة بالبناء فإذا ما أسند مقاول البناء الأصلى العملية كلها إلى مقاول البناء من الباطن ، فإنه يكون مسئولاً مسئولية كاملة عن إجراء الدراسات المتعلقة بالأرض التى سيقام عليها البناء، فعليه أن يجربها بنفسه أو بواسطة مساعديه من الخبراء المتخصصين، وبالتالى يكون مسئولاً مسئولية كاملة عن العيب الذى يظهر فى البناء، ويكون سببه راجعاً إلى عيب فى الأرض ، وذلك لأهماله فى اجراء الدراسات الدقيقة للأرض قبل قيامه بتنفيذ البناء عليها .

ونرى : أن مسئوليته هنا يجب أن تتفق ومقدار ما تسمح به المقدرة الفنية لشخص فى مستواه لأن مقاول البناء الأصلى الذى يتعاقد مع مقاول البناء من الباطن ليقوم بدور المهندس المعمارى لاشك أنه يكون قد أجتنى ثمرة ذلك خفضاً فى تكلفة البناء من خلال خفضه تكلفة الأجر ، وتقتضى العدالة أن يقابله خفض فى التعويض الذى يقتضيه جزاء مسئولية مقاول البناء من الباطن عن خطئه ، كذلك فإن مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) من المفروض فيه أن يكون متوقعاً هذا الضرر ، وحاسباً حسابه ، وبالتالى ينعدم بالنسبة له عنصر المفاجأة فيه [١] .

---

(١) انظر فى تأييد ذلك ، كولان وكابيتان ، مرجع سابق ، ج٢ بند ١١٠٣ ، الدورى رسالة ص ٢٠٧

- هذا ومسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) مسئولية عقدية وكذا تجاه رب العمل الأصلى (مسئولية تقصيرية) عن الاضرار التى حدثت بسبب عيوب فى الأرض كان من الممكن اكتشافها وإزالتها ، وذلك لأن مقاول البناء من الباطن قد ضم إلى صفته كمقاول صفة المهندس المعمارى بقيامه بمهام هذا الأخير (١) لأن المسئولية تدور مع السلطة وجوداً وعدماً وتتناسب طردياً معها (٢) .

٩٧- ولكن ماهو الحكم إذا اسند التصميم إلى المهندس المعمارى ، وأقتصر دور مقاول البناء من الباطن على التنفيذ ؟

اذا كلف مقاول البناء الأصلى المهندس المعمارى بوضع تصميمات البناء أو المنشأ الثابت الآخر المزمع إنشاؤه يقتضى عمل الخرائط والرسومات والنماذج والمقايسات من وصفية ، وكمية وتقديرية وتثمينية ، وكلها أعمال لا يستطيع أن يقوم بها المهندس المعمارى إلا إذا عمل دراسة مستفيضة للتربة ومعرفة خصائصها ليعرف أى المواد أنسب للتنفيذ بها ، وماهو مقدار الكميات التى سيحتاجها هذا التنفيذ فيها وما أثمانها ، وهذا كله يقتضى بالضرورة معرفة كاملة بالأرض التى سيقام عليها البناء(٣)، لأن التصميم ليس، مجرد مجموعة من الخطوط ترسم على الأوراق طولاً وعرضاً

---

(١) نقض مدنى فرنسى ١٩٣٥/٤/٢ ، داللوز الأسبوعى ١٩٣٥ ص ٢٩٩ - استئناف مختلط فى ١٩٠٨/٣/٥ م ٢٠ ص ١١١ وفى ١٩٣٥/٢/٢١ م ٤٧ ص ١٠٦٣ وانظر :
Beudant Etle reebours pigconniers par rodiere: Cours de droit Givil francais TX.1120 Ecl N.210, p.231, 1949 Contrat

(٢) انظر د/ عبد الرازق حسين يس، مرجع سابق ص ٧١٠ .

(٣) انظر د/ فتحى غيث ، قانون المهندس ط ١٩٦٠ دار المعرفة

نتيجة تصور نظرى لبناء يستحيل تطبيقه على الطبيعة المعدة له[١]، فى هذه الحالة تكون المسئولية مسئولية المهندس المعمارى المسئول عن الدراسات المتعلقة بالأرض مسئولية أصلية ، ولكن مبدأ حسن النيه فى تنفيذ العقود يلزم مقاول البناء من الباطن إذا ما اكتشف العيوب فى التربة فعليه أن ينبه مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرض)، وإلا تحققت مسئولية مقاول البناء من الباطن ، والمهندس المعمارى تجاه مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) كل بنسبة مساهمته فى الخطأ ، لأنه يجمعهما هدف مشترك ، وهو اقامة بناء ثابت خال من العيوب ، ومتفق مع ما تقضى به قواعد الفن والقوانين واللوائح المنظمة . ولكن اذا ما قام مقاول البناء من الباطن بتنبيه مقاول البناء الأصلى والمهندس إلى عيوب التربة ولكنهما أصرا على تنفيذ البناء كتابة فإن مسئولية مقاول البناء من الباطن فى هذه الحالة تنتفى ولا يكون مسئولاً عن أى عيب يظهر فى البناء يسبب العيوب المتعلقة بالأرض ، وخاصة أن مقاول البناء الأصلى متخصص وخبيراً بأعمال البناء.

– **ونرى** أنه إذا ما نبه مقاول البناء من الباطن مقاول البناء الأصلى والمهندس المعمارى عن العيوب المتعلقة بالتربة وأصرا على تنفيذ البناء كتابة ، فإنه يجب عليه أن يمتنع عن تنفيذه بالرغم من ذلك لأن الأمر يتعلق

---

(١) انظر مادة ٦/٥١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ م فى مصر حيث نصت الى أن « يقدم طلب الترخيص فى اجراء الأعمال المنصوص عليها فى المادة (٤) من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦م المشار اليه على النموذج المرافق لهذا القرار ومرفقاً به المستندات الاتية : زولاً : بالنسبة للانشاء أو الفعلية أو التعديل .. (٦) البيانات والدراسات الخاصة بالتربة ومدى تحملها للأحمال الناتجة عن الأعمال المطلوب الترخيص فيها إذا طلبت الجهة الإدارية ذلك .... انظر د/ شكرى سرور ، مرجع سابق ، بند ٤٠ ص ٦١ / ٦٢ .

بالصالح العام وليس بصالح فرد هو مقاول البناء الأصلى حيث سيستفيد من هذا البناء الغير أيضاً ، وليس مقاول البناء الأصلى أو رب العمل، فالخطر الذى سيقع يتعلق بالأفراد ، ولذا فإنه اذا ما قام مقاول البناء من الباطن بالتنفيذ فإن العدالة تقتضى اعتبار الخطأ مشتركاً دون إعفاءه من المسئولية .

- أما اذا تعلقت العيوب المتعلقة بالأرض بموانع قانونية أو طبيعية، فإن مقاول البناء من الباطن لا يسأل فى هذه الحالة قياساً على عدم مسئولية مقاول البناء الأصلى فى مواجهة رب العمل عن ذلك حيث أجابت على ذلك المادة ٦٥٢ / ١ بقولها « لا يسأل المهندس المعمارى أو مقاول البناء الأصلى عن عيوب التصميم فقط » .

المطلب الثانى

العيب المتعلق بخطأ فى التصميم

٩٨ - إن مسئولية مقاول البناء من الباطن بخصوص وجود عيب يرجع إلى خطأ فى التصميم قد تثار اذا ما كلف بوضع التصميمات اللازمه للبناء بمقتضى الاتفاق بينه وبين مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) لاسيما اذا كانت العملية أو المشروع صغيره وبسيطه بحيث يستطيع مقاول البناء من الباطن أن يضع لها التصميم والمقايسات اللازمه دون الحاجة إلى اللجوء للمهندس المعمارى. فإذا قام مقاول البناء من الباطن بوضع التصميمات فإن المسئوليه عن عيوب هذه التصميمات تقع على عاتقه.

ونرى : أن هذه المسئوليه يجب أن تتفق ومقدار ماتسمح به المقدرة الفنية لشخص مستواه كما سبق أن آشرنا إلى ذلك (١) ، وتنطبق عليه فى هذه الحاله أحكام المسئولية العامه فهو لا يخضع لأحكام المسئولية الخاصة(٢) (م ٦٥١).

وعلة : المسئولية هنا ترجع إلى أن مقاول البناء من الباطن قد باشر مهنة المهندس المعمارى، وقام بدوره ، فوجب أن يكون مسئولا عن كل ما ينشأ عن هذه المباشرة ، وخاصة أنه يتولى التصميم والتنفيذ معاً .

٩٩ – أما إذا أقتصر دور مقاول البناء من الباطن على التنفيذ دون القيام بعمل التصميمات ، فإن مقتضى حسن النية فى التنفيذ أو الذى يجب أن يلتزم به مقاول البناء من الباطن وفقا لمسئوليته العقديه يقتضى منه أن ينفذ البناء وفقاً للتصميمات بكل أمانه ودقة وإخلاص بحيث يأتى البناء سليماً من كل العيوب وعليه فإن مقتضى حسن النيه يوجب عليه إذا ما ظهر له أن التصميمات ، والمقايسات واضحة الفساد وظاهره العيوب، كما لو كانت مخالفة لقواعد الفن المعمارى التى لا يمكن أن يجهلها مثل هذا المقاول ذو الخبره فى هذا المجال والتى لابد أن يكتشفها منذ الوهلة الأولى ، ففى مثل هذه الحاله وأمثالها وما يقاس عليها ، فلكى يعفى مقاول البناء من الباطن فى هذه الحاله من أية مسئولية يكون منشأها عيب فى التصميم ، يجب عليه أن يثبت أنه أخطر المهندس المعمارى، ورب العمل العرضى

---

(١) انظر رأينا فى هذه المسأله صـ ١٣٠ ومابعدها بند ٩٦ من هذا البحث.

(٢) انظر رأينا فى هذه المسأله صـ ١٦٥ بند ١١٩ وما بعده.

(مقاول البناء الأصلى) بما اكتشفه من عيوب فإذا ما صمم أحدهما أو كليهما على التنفيذ المعيب ، فيجب أن يعطيه أو يعطياه أمراً كتابيا بتنفيذ التصميم بما عليه ، ويقع على مقاول البناء من الباطن فى هذه الحاله تنفيذه كمال هو وارد فى الرسم الهندسى وإلا كان مسئولا مسئوليه عقديه تجاه مقاول البناء الأصلى فى هذه الحاله (١).

(١) بودرى وفال فى "Traite Théorique et pratique de droit civil 3 ëd paris 1901" بند ٢٩٣٠ وهو يقرر :

"Faute ... Sigro ssiére qu'un entrepreneur, experimenteaurolt du se reFuser d'executer les travaux le planexécuté"

جيلوار : الايجار ج٢ ، بند ٨٥٣

Minvielle (G) : Histoir et Conditions Juridiques de la Profession d'architecte u These Bordeaux 1921 N.10 (35 p. 123 Ilest decedair. "Sans doute, Sil z'apercait de certains vice Sil doit les signaler"

المطلب الثالث

العيب المتعلق بمواد البناء المستخدمه

١٠٠ – ان الضرر قد يلحق بالبناء بسبب استخدام مواد بناء معيبة ، وفيما يتعلق بدور مقاول البناء من الباطن بالنسبه لهذا العيب فنجد أنه يأتى على حالتين : الأولى : وهى ليست من باب اللزوم ، وهو التوريد لمواد البناء المستخدمه ، والثانية : وهو دوره فى رقابة المواد المستخدمه.

١٠١ – ففى **الحالة الأولى** : وهى إذا ما كانت المواد المستخدمه مقدمه من مقاول البناء من الباطن بمقتضى التزامه التعاقدى حيث يلتزم فى عقد مقاوله البناء من الباطن بتوريد مواد البناء فى الحالة مطابقة للمواصفات المطلوبه فى المقايسات وكراسة الشروط بأوصافها وخصائصها وأثمانها ، وألا يركن إلى التوفير فيورد غيرها [١] ، أو دونها صفة وخاصية [٢]، أو غير مجربة ولم يثبت صلاحيتها تماماً لهذا الغرض [٣].

وعليه أن ينفذ التزامه بالتوريد بكل أمانه ونزاهه وصدق وشرف ، وأن يبذل قصارى جهده فى تفحص المواد المستخدمه ومعاينتها ، واتخاذ كافة الوسائل العلمية المتاحه للوقوف على حقيقة جوهرها لأنه فى هذه الحالة ، يخضع لنص المادة ٦٤٨ مدنى مصرى حيث أنه نص عام وهى تقضى بأنه اذا تعهد المقاول بتقديم ماده العمل كلها أو بعضها كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل ».

---

(١) كان يورد حديداً أقل مقاساً من المتفق عليه.

(٢) ليموج فى ١٨٩٩/١١/٨ د.الدورى ١٩٠٠ – ٢ – ٢١٥.

(٣) نقض مدنى فرنسى فى ١٩ / ٦ / ١٩٢٩ د. الدورى ١٩٣٠ – صـ ٦٩ تعليق مينفييل.

وأنه بمقتضى النص فإن التزام مقاول البناء من الباطن فيما يتعلق بالمواد المقدمه منه التزام بنتيجة من حيث جودتها ، ومن حيث سلامتها وصلاحيتها للغرض الذى أعدت له وعدم إضرارها بالعمل .

- هذا ويسأل مقاول البناء من الباطن عن العيوب التى يمكنه كشفها أو كان ينبغى عليه اكتشافها ، لأنها لا تستحيل على من فى مستواه من أهل طائفته ، ويكون ضامنا لها ومسئولا عما يحدث بسببها من أضرار (١).

- أما إذا كانت العيوب لا يمكن كشفها بالنسبة لمقاول البناء من الباطن ، ومن فى مستواه مهما يبذل من العنايه والاهتمام فلا يسأل عنها ، ولا تنطبق هنا قواعد ضمان العيوب الخفيه فى عقد البيع لأنه من المقطوع فيه من غالب الفقه والقضاء على أن المقاول فى هذه الحالة يحتفظ بصفته كمقاول ولا يعتبر بائعاً ، وبالتالى يخضع فى ضمان المواد التى يوردها لأحكام عقد المقاوله (٢).

ويقع على مقاول البناء من الباطن عبء إثبات ذلك ، وله أن يستعين فى ذلك بكافة طرق الأثبات. ونرى استمرار مسئولية مقاول البناء من الباطن عن عيوب المواد التى وردها ، حتى وإن كان قد تم فحصها بمعرفة المهندس المعمارى أو مقاول البناء الأصلى من منطلق واجبهما فى الأشراف

---

(١) نقض فرنسى فى ٢١ / ٢ / ١٩٧٩ بيلتان ٩٧٩ - ٣ رقم ٤٦ صـ ٣٤ - نقض فرنسى فى ١٩٥٥/٧/١٨ د. الدورى ١٩٥٥ - ١ صـ ٢٣٥ R. T. D. C ١٩٥٦ م صـ ١٥٠.

(٢) انظر :

SAINT -- MOURICE (B) : La responsabilité des architectes et entrepreneurs aprés les travaux" Thése Grenoble 1940 p. 123.

والرقابة وأجازا أستخدامها ، لأن هذا ليس من شأنه ان يعفى مقاول البناء من الباطن من المسئولية وان كان قد أضاف اليه مسئولا آخر وهو المهندس المعمارى أو مقاول البناء الأصلى ولكن ليس عن عيوب المواد ذاتها ولكن يكونا مسئولين عن تقصيرهما فى واجب فحصها (١).

١٠٢ - أما الحاله الثانيه : وهى التى تكون مسئولية مقاول البناء من الباطن مقصورة على الرقابة فقط حيث تتحقق هذه الحالة إذا ما قام مقاول البناء الأصلى بتوريد المواد المستخدمه فى البناء ، فيقتصر دور مقاول البناء من الباطن على مراقبة ما يورد من مواد صالحة للتنفيذ الأمثل ، وهذا الأمر يتطلب منه الأطلاع على المقايسة الوصفية جيداً وكراسة الشروط للتعرف على الأصناف المطلوبه لتنفيذ المشروع وتقتضى منه التنفيذ بأمانه ودقة فمقتضيات حسن النيه فى التنفيذ تلزمه بضروره بذل عناية الرجل العادى فى فحص المواد وإخطار مقاول البناء الأصلى بأى عيب يكتشفه فيها ، وله أن يمتنع عن استخدامها، ويعتبر ذلك من قبيل الدفع بعدم التنفيذ (٢).

واذا أصر رب العمل (مقاول البناء الأصلى هنا) على استخدامها فإن المسئوليه هنا تقع على عاتق مقاول البناء الأصلى ، وخاصة أنه من أهل التخصص وذوى الخبره ، ويفرض أنه قام بفحصها ومعاينتها ، وبالتالى

---

(1) MAMONIC (L'Eon) "Guide Juridique et Pratique des entre Preneures de Travaus Privés" No 386 P-101 paris 1899.

(٢) انظر د. مصطفى عبد السيد الجارحى ، مرجع سابق صـ ٦٤.

يتحمل دون مقاول البناء من الباطن مسئولية ما يوجد بها من عيوب [(١)]، حيث يستغرق خطورة خطأ مقاول البناء من الباطن ، ولا يشترط أن يرتفع هذا الاضرار إلى درجة القوة القاهرة [(٢)].

المطلب الرابع

العيب المتعلق بالتنفيذ [(٣)]

١٠٣- إن المقصود بالتنفيذ هو إقامة البناء وفقاً للمواصفات المطلوبه، وذلك بدمج المواد وتركيب بعضها من بعض وصبها فى قوالب مخصصه لها بحيث يتكون فى النهاية البناء المطلوب وفقا للتصميمات التى وضعت له. وفى إنشاء المبنى يجب الالتزام بالقواعد المتبعة عند أهل الفن ، وكذا إتباع العليمات الموضوعه من قبل المهندس المعمارى المصمم للمبنى[(٤)].

وعملية التنفيذ جلها يلتزم بها مقاول البناء من الباطن إن لم يكن كلها

---

(١) مونيك ، مرجع سابق ، بند ١٩٨ صـ ١٢٤.

(٢) هذا بعكس مقاول البناء الأصلى فى مواجهة رب العمل – والخاضع لحكم المادة ٦٥١ مدنى فإنه يشترط أن يصل الاضرار إلى درجة القوة القاهرة – انظر د/ ناجى ياقوت ، مرجع سابق مقرة ١٣٥ ، ١٤٠ ويرى البعض أنه اذا كان رب العمل خبيراً فإن هذا الأضرار ولو لم يصل إلى درجة القوة القاهرة يعتبر خطأ جسيما يستغرق خطأ المقاول الأصلى – انظر د/ شكرى سرور مرجع سابق مقرة ٣٤٠ ، ٣١٨.

(٣) راجع فى التطبيقات القضائية لمسئولية المقاول عن عيوب التنفيذ

Civ 13/7/1961 D 1461 - J - 771, Nancy 22 - 11 - 1960 D 1967 - Som - 15, Rouen 23/4/1980 Gp. 1981 - 1 - Som 150, Civ /6/10/1969 Cite Par Caston. p. 196 Note 207.

(٤) انظر د/ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق صـ ٧٧٤.

بمقتضى عقد مقاولة البناء من الباطن مع مقاول البناء الأصلى (١).

واذا ما وقع من مقاول البناء من الباطن خطأ فى التنفيذ تترتب عليه مسئوليته العقديه ، وفقا للقواعد العامه فى المسئولية . وهذا الخطأ قد يتعلق بكيفية استخدام المواد ، أو الخطأ فى تنفيذ التصميم أو الخطأ فى أداء الأعمال التنفيذية الأخرى . وسنتناول بيان تلك الحالات على الوجه الآتى :

١٠٤ – أ – **فيما يتعلق بكيفية استخدام المواد** : فإن مقاول البناء من الباطن عليه التزاماً بضرورة استخدام المواد وفقاً لأصول الفن وإلا كان مسئولا عما يترتب من أضرار بسبب العيب فى التنفيذ المتعلق باستخدام المواد المطلوبه للبناء حيث نصت المادة ٦٤٩ على هذا الالتزام صراحة بالنسبة للمواد التى قدمها رب العمل (مقاول البناء الأصلى هنا) بقولها «اذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها وأن يقدم حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد اليه مابقى منها ، فإذا صار شئ من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب اهماله أو قصور كفايته الفنيه التزام برد قيمه هذا الشئ

---

(١) السنهورى ، مرجع سابق كبند ٦٢ صـ ١١٠ – ناجى ياقوت مسئولين المعمارين ، بند ١٤ صـ٣٥ طبعة ١٩٨٤ دار النهضة العربية وانظر قاموس روبير لفظ "Entrepreneur" حيث عرف المقاول : بأنه الشخص الذى يتعهد بتنفيذ عمل بواسطة عقد مقاوله.

"Celui que se charge de Léxécution d'um Travail par um Cantrar d'entreprise'

لرب العمل » ونرى أيضاً أن الالتزام باستخدام المواد وفقا للأصول الفنيه للمهنه يتحقق فى حالة تقديم المواد المستخدمه بمعرفة مقاول البناء من الباطن أو المقاول الأصلى أو رب العمل ، فإن مقاول البناء من الباطن يكون فى جميع الأحوال ضامنا لأى عيب فى الصنعه (١).

– واستخدام المواد بمعرفة مقاول البناء من الباطن وفقا للأصول الفنية يقتضى منه أن يتبع فى أستخدام هذه المواد التعليمات التى يضعها المهندس المعمارى الذى وضع التعليمات والمقايسات ، وينفذها بكل دقه وأمانه سواء كانت متعلقة بالكم أو بالكيف (٢) ، فإذا ما أخل مقاول البناء من الباطن بالتزامه وذلك بعدم اتباع البيانات الموضوعة للتنفيذ كأن يكون قد غير فى النسب المحدده أو تقليل عدد الأسياخ للمتر المربع فى السقف مثلا ، ميلا إلى الوفر ، أو أخطأ فى استخدام الأسمنت المخصص لبناء الجدران واستخدامه فى صبة خرسانة الأساس على خلاف ما يقضى به التصميم والمقاسات ، أو استخدام الأيدى العاملة غير المدربة ، فإن ذلك يحقق مسئوليته العقديه وفقاً للقواعد العامة فيها.

---

(١) انظر د / السنهورى . مرجع سابق صـ ٢١٩.

(٢) نقض مدنى مصرى فى ١٣ / ٤ / ١٩٦٧ مج م. ف س ١٨ قد ١٢٧ صـ ٨٣٥ جاء فيه .. عدم مرعاة الأصول الفنية فى تنفيذ أعمال الخرسانة المسلحة مما أدى إلى ظهور شروخ فى الأساسات ...» ، انظر شكرى سرور ، مرجع سابق بند ٨٧ ص ١١٥ – ناجى ياقوت ، مرجع سابق ، بند ٤١ ص ١٠١ .

١٠٥ - **الخطأ فى تنفيذ التصميم** : يلتزم مقاول البناء من الباطن أيضاً بتنفيذ العمل على نحو غير معيب أى مطابق للتصميمات الهندسية التى وضعت للبناء حيث نصت على ذلك المادة ٦٥٠ مدنى مصرى وهى تتعلق بالمقاول بصفه عامه « ١ - اذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقه التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له ، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة ، جاز لرب العمل - مقاول البناء الأصلى هنا- أن يطلب إما فسخ العقد ، وأما أن يعهد إلى المقاول آخر بانجاز العمل على نفقة المقاول الأول - مقاول البناء من الباطن هنا - طبقا لأحكام المادة ٢٠٩(١).

ولذا يجب على مقاول البناء من الباطن أن يتبع الدقه فى تنفيذ ما جاء بالخرائط والرسومات الموضوعة لتنفيذ البناء ، وخروجه عن ذلك دون الحصول على موافقة مسبقة من المهندس الذى وضع التصميم معتمده من الجهة الادارية المختصه بشئون التنظيم (م ١١ من ق ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى مصر) يعتبر خطأ منه يستوجب مسئوليته على حسب الاحوال (٢).

---

(١) نصت المادة ٢٠٩ مدنى مصرى على أنه « (١) فى الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. (٢) ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء ».

(٢) د / ناجى ياقوت ، مرجع سابق ، بند ٤١ صـ ١٠١ - د / شكرى سرور ، مرجع سابق ، بند ٨٧ صـ ١١٥.

V. Civ 19 / 11 / 1980 Gp 1987 - 1 - Som - 93
Ence Sens : MAZEAUD (H,L,J) p. 107 N 1070 - 15.

والتزام مقاول البناء من الباطن هنا التزام بنتيجه فى علاقته بمقاول البناء الأصلى ، وهى أن ينفذ – طبقا للأصول الفنيه – عملا خالياً من العيوب [١].

١٠٦ – الخطأ المتمثل فى عدم اتباع التعليمات ، وما تقضى به القوانين واللوائح التنظيمية : يقع على مقاول البناء من البناء التزاماً بضرورة اتباع كل التعليمات والقوانين واللوائح المنظمة لعملية البناء. أما إذا تبين له وجود حقاً او قصور أو مخالفة لقواعد الفن أو مخالفة للقوانين واللوائح فعليه أن يراجع مقاول البناء الأصلى فى ذلك ، لأنه يجب عليه أن يراعى فى اجراء التنفيذ كل ما تقضى به قواعد الفن وأصول الصنعة [٢]، وما تفرضه القوانين واللوائح المنظمة لهذا النوع من النشاط ، وما تصدره الجهات الادارية المختصة من تعليمات فى هذا الخصوص [٣].

---

(1) V. Par Ex : FOSSEREAU (J) : Le "chair - Obscur " de la responsabilité des Construceurs . D 1977 - chr - p 23. MAZEAUD (T1, L, J et j) : Lecons de droit Civil, T 24 ´d. 1969 Par juglart (De, M) P 107 N 1070.

(٢) نقض مدنى فرنسى فى ٢٦ / ١١ / ١٩٦٠ باريس ٤ / ٢ / ١٩٦٠ مذكور فى :
LAMME (A) ET LE PAFFE (J) "Le contrat déntrprise" Bruxelles, 1966 N 737 P. 427.

وانظر : جمع الدوله الفرنسى ١٢ / ١١ / ١٨٨٦ د . الدورى ١٨٨٨ – ٣ صـ ٢٧ – انظر أيضاً كاسئون مرجع سابق ، بند ٤١٥ صـ ١٩٤ ويشير إلى نقض مدنى فرنسى فى ٢٣ / ٨ / ١٩٧٠.

(٣) انظر نقض فرنسى (الدائرة ١) فى ١٣ / ٧ / ١٩٦١ د. الدورى ١٩٦١ صـ ٧٧١ – GP – ١٩٦١ – ، صـ ١٣٨ . وقد شدد المشرع المصرى العقوبه على جرائم العمد والأهمال الجسيم – بعدم مراعاة الأصول الفنية فى التصميم أو التنفيذ أو الاشراف على التنفيذ أو الغش واستخدام مواد البناء أو استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات فى المادة ٢٢ مكرر من القانون رقم ١٠٦ ==

والتزام مقاول البناء من الباطن هنا التزام بنتيجة ، أى يبقى مسئولاً عن الخطأ إلا إذا أثبت السبب الأجنبى الذى لا يدله فيه كقوة قاهره أو خطأ شخص الغير أو خطأ رب العمل نفسه (مقاول البناء الأصلى) (١).

المبحث الثالث

التهــــدم

١٠٧ – تنطبق الأحكام العامه على مقاول البناء من الباطن نظراً لعدم ورود نص خاص بمقاول البناء من الباطن يوضح مدى مسئوليته عن تهدم البناء ، وشروط ذلك فى مواجهة مقاول البناء الأصلى ، ومن منطلق أعتبار مسئولة مقاول البناء من الباطن ماهى إلا امتداد لمسئولية مقاول البناء الأصلى فى مواجهة رب العمل حيث يحل محله فى تنفيذ البناء ، ولذا تتحقق نفس المسئولية فى مواجهة مقاول البناء الأصلى ولذا فإن ما ينطبق على التهدم من أحكام عامه فى مواجهة مقاول البناء الأصلى عند تحقق مسئوليته تجاه رب العمل ، تسرى أيضاً نفس الأحكام من باب أولى على مقاول البناء

= لسنه ١٩٧٦ المضافة بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ المعدله بالامر العسكرى رقم ٢٥ لسنه ١٩٩٢ م حيث العقوبة السجن مدة لا تقل عن سبع سنوات ولا تزيد عن عشرة ، وغرامة لا تقل عن مثلى قيمة الأعمال المخالفة ولا تجاوز ثلاثة أمثال قيمة الأعمال المخالفة ، بالاضافة إلى حظر التعامل مع المقاول المخالف .... للمدة التى تقررها المحكمة . انظر فى ذلك حامد عبد الحليم الشريف ، المشكلات العملية فى جريمة البناء بدون ترخيص ، الطبعة الثانية عام ١٩٩٣ صـ ١٥/١٤.

(١) انظر د / شكرى سرور ، مرجع سابق ، بند ٨٩ صـ ٢١٥ ومابعدها – د / محمد لبيب شنب ، مرجع سابق، بند ٧ صـ ٨٩ / ٩٠ – السنهورى – مرجع سابق ، ج ٧ بند ٣٧ صـ ٦٦ ، ٣٨ صـ ٦٧ – نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ٤١ لسنه ٣٦ ق جلسة ٢٣ / ٦ / ١٩٧٠ مج . م . ق .س ٢١ ق ١٧١ صـ ١٠٦٨

من الباطن عند تحقق مسئوليته عن التهدم فى مواجهة مقاول البناء الأصلى . **ومن هنا نتسآل ما المقصود بالتهدم واسبابه والذى يوجب مسئولية مقاول البناء من الباطن ؟ وماهى حدود التهدم الذى يوجب المسئولية ؟**

وللاجابة على ذلك سنتناول بيان مفهوم التهدم ، وأسبابه فى ضوء القواعد العامه ثم نوضح حدود التهدم مثل المقصود بالتهدم الكلى أم الجزئى على الوجه الاتى :

أولا : تعريف التهدم وأسبابه :

١٠٨- الهدم لغة [١] من باب ضرب (فانهدم) و (تهدم) وهدّموا بيوتهم . أما اصطلاحاً : فهو انحلال الرابطه التى تربط بين أجزائة [٢] ، سواء كان انحلال الرابطة راجعاً إلى عيب فى عملية التشييد والبناء ذاتها أو عدم مراعاة الترتيب الزمنى بين العمليات المختلفة المكونة للبناء أو المنشأ الثابت الآخر بحيث ينتج عن ذلك عدم إكتمال صلابتها وتماسكها لكى تكون قادره على حمل المراحل اللاحقة عليها [٣].

وقد لا يكون التهدم بسبب عيب فى عملية التشييد والبناء ذاتها ، انما

---

(١) انظر مختار الصحاح ، الرازى ، صـ ٦٩٢ طبعه ١٩٣٨ - القاهرة ، المطبعه الاميريه ببولاق .

(٢) د / محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، صـ ١٢٦ بند ١٠٨.

(٣) انظر محمد جابر الدورى ، مسئولية المهندس والمقاول فى مقاولات البناء والمنشآت الثابته بعد انجاز العمل وتسليمه «رسالة ماجستير عام ١٩٧٥ م صـ ١٨٠ طبعة ١٩٨٥ مطبعة أوفست - عشتار - بغداد - نقض جنائى فى ٦ / ٦ / ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض الجنائى س ١٧ صـ ٧٣٧.

قد يكون بسبب عيب فى الأرض ذاتها [١] المقام عليها البناء بأن تكون غير صالحة للبناء عليها سواء كانت عدم الصلاحية كليه أو جزئية ، وذلك بسبب طبيعتها التكوينيه.

ونرى أن مقاول البناء من الباطن لا يسأل عن هذا النوع من التهدم فى مواجهة مقاول البناء الأصلى على اعتبار أن المسئوليه فى الأصل عن اجراء اختبارات التربه بواسطه الفنيين المختصيين وبيان مدى صلاحيتها للبناء هو مقاول البناء الأصلى ، إلا اذا آلت تلك المسئولية إلى مقاول البناء من الباطن بمقتضى عقد مقاوله البناء من الباطن ، كما أنه يسأل أيضاً مسئولية مشتركه مع مقاول البناء الأصلى اذا كانت مسئولية اجراء الأختبارات تقع على مقاول البناء الأصلى ، ولكنه أى مقاول البناء من الباطن – اكتشف أثناء التنفيذ عدم صلاحية الأرض للبناء بماله من خبره ، فيجب عليه أن يخطر مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) بذلك ، كما يجب عليه عدم الاستمرار فى البناء حتى ولو وافق مقاول البناء الأصلى على استمراره فى البناء ، لأن الأمر يمثل خطوره على المجتمع لأنه يمس حياة بعض مستعملى العقار على الأقل ، وإلا تحققت مسئوليته المشتركه مع مقاول البناء الأصلى .

– كما أن التهدم قد يكون سببه راجعاً إلى المواد المستخدمه نفسها فى البناء كأن تكون تالفه نتيجه تبلل أو رطوبه ، فإذا كان مصدرها مقاول البناء من الباطن فتتحقق مسئولية أيضاً عن التهدم بهذا السبب ، إلا اذا

---

(١) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٥ ص ٢٣، م ٦٥١ مدني مصري

كان مصدرها فى التوريد هو مقاول البناء الأصلى ، ولم يستطيع مقاول البناء من الباطن اكتشافها ، ومعيار ذلك هو معيار المقاول العادى.

- وقد يكون التهدم سببه عيب فى التصميم ، لعدم مراعاه الأصول الفنيه فى وضعه ، وكان الخطأ مما يمكن لمقاول البناء من الباطن كشفه بماله من خبره ، فيجب عليه أن يخطر مقاول البناء الأصلى ، وإلا كان مسئولا بالضمان فى مواجهة مقاول البناء الأصلى مسئوليه مشتركه مع المهندس الذى وضع التصميم [١].

وخلاصة القول : أن الأسباب السابقة فى تهدم البناء تجعل مقاول البناء من الباطن مسئولا تجاه مقاول البناء الأصلى مسئوليه عقديه ، وتجاه رب العمل مسئوليه تقصيريه ، ولكن هذه المسئولية لا تكون الا بمقدار ماتقضى به القواعد العامه ، ومن ثم تنتهى التزامات مقاول البناء من الباطن بتسليمه المبنى للمقاول الأصلى مع تمكنه من فحصه والكشف عما به من العيوب ، أى أنه لا يسأل عن العيوب الظاهره بعد التسليم ، وإنما يسأل كما ذكرنا سابقاً [٢] عن العيوب الخفيه بالقدر والمدة التى يقضى بها عرف الحرفه ، حيث لا يسرى هنا الضمان العشرى لعدم وجود مبرر ذلك - على رأى البعض [٣]. لأن مقاول البناء الأصلى رجل ذو خبره ومن أهل

---

(١) انظر بلانيول ورداست ، مرجع سابق ، ج ١١ بند ٩٥١ صـ ١٩٤ / ١٩٥ السنهورى الوسيط ج ٧ بند ٦٢ صـ ١٣٧ / ١٣٨.

(٢) انظر رأينا فى هذا البحث صـ ١٢٥ ومابعدها بند ٩٢ وما بعده .

(٣) أنظر رأينا فى هذا البحث صـ ١٦٥ ومابعدها بند ١١٩ وما بعده .

الفن، وبالتالى لا يوجد مقتضى لحمايته بالضمان المشدد ويكفى فى حماية حقوقه بالرجوع إلى القواعد العامه[١] ، وقد أكدت هذا المعنى نص المادة ٦٥١ فقرة أربعة من القانون المدنى بقولها «لا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن ».

ثانياً : حدود التهدم :

١٠٩- لم يتطلب المشرع قدراً معينا من التهدم حتى تتحقق مسئوليه مقاول البناء الأصلى وبالتالى من باب أولى لا يتطلب قدراً معينا من التهدم حتى تتحقق مسئولية مقاول البناء من الباطن وبالتالى تتحقق مسئوليته عن حدوث التهدم بالبناء سواء كان هذا التهدم كليا أو كان التهدم جزئيا أى قاصراً على جزء معين دون غيره من باقى أجزاء البناء ، كسقوط شرفه [٢] ، أو هدم جدار بشرط ألا يكون الهدم الكلى أو الجزئى لسبب أجنبى لايد لمقاول البناء من الباطن فيه أى بسبب انقطاع علاقه السببية بين التهدم والخطأ.

---

(١) السنهورى ، الوسيط ج٧ ص ١٣٩-١٤٠ بند ٦٣

(٢) نقض جنائى مصرى فى ٦ / ٦ / ١٩٦٦ ، مجموعه أحكام النقض صـ ٦٥٥ هامش (٧).

الفصل الثالث

حدود التعويض القضائى المستحق لمقاول البناء الأصلى تجاه مقاول البناء من الباطن

١١٠- إن طبيعة العلاقة بين مقاول البناء من الباطن ، ومقاول البناء الأصلى علاقة عقدية ، ولذا فإن مسئولية مقاول البناء من الباطن مسئولية عقدية تطبق عليها الأحكام العامه فى المسئوليه العقديه فلم يشمل المشرع مقاول البناء من الباطن بمسئولية خاصة تجاه مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضى) ولذا فإن ضمان مقاول البناء من الباطن انما يخضع إلى الأحكام العامه فى التعويض طبقا لأحكام المسئوليه العقديه .

١١١ - فإذا ظهر بالبناء الذى أقامه مقاول البناء من الباطن عيب من العيوب الخفية الموجبه لمسئوليته العقدية ، فإن لمقاول البناء الأصلى الحق فى رفع دعوى التعويض تجاه مقاول البناء من الباطن ، والتعويض إما أن يكون تعويضا عينيا وهو ما يسمى بالتنفيذ العينى : أى يلتزم مقاول البناء من الباطن باصلاح العيوب والاضرار التى لحقت بالمبنى اذا كان المبنى قابلا للاصلاح ، وإلا قام بهدمه وإعادة بنائه ، وإما أن يكون التعويض بمقابل : وهو يصح أن يكون تعويضا نقديا ، ويصح أن يكون تعويضا غير نقديا .

المبحث الاول

التعويض العينى

١١٢ - **التعويض العينى** : وهو الأصل متى كان ممكنا ، يمكن للمحكمة أن تجبر مقاول البناء من الباطن عليه ، كما يمكن لمقاول البناء من الباطن أن يعرضه على مقاول البناء الأصلى ، وبالتالى فلا يحق للأخير أن يرفضه ، فإذا ما تحقق الفرضين السابقين أى الإمكان والعرض من قبل المدين (مقاول البناء من الباطن) للدائن (مقاول البناء الأصلى) فلا تملك المحكمة حيال ذلك سلطة تقديرية ، أى لا يحق لها أن تستبدله بالتعويض النقدى ، ولذا فإن سلطتها تتحقق فى حالة عدم توافر الفرضين السابقين(١).

---

(1) MAZEAUD (H.L.J) : TR 1970 P. 127 et 128 No 1070 - 22 Contr : ROUAST in PLANIOL et RIPERT Precité No 948.

ذلك اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى أن تجعل لقضاء الموضوع سلطة تقديرية مطلقة فى الأختبار بين طريقتى التعويض سواء أكان التعويض العينى أم التعويض النقدى دون التقيد مسبقاً يشرطى الأمكان أو عرض التنفيذ العينى من المدين للدائن وذلك تبعاً لظروف الواقعة المعروضه عليهم ، وقد استندت فى ذلك الاتجاه إلى أنه فى مسئولية المشيدين قد لا يستطيع عملا أو لا يكون من الملائم فى بعض الأحيان تطبيق هذا النوع من التعويض : فقد يصير مقاول البناء من الباطن على عدم القيام بعمليات الاصلاح بنفسه - فى حالة عدم أمكان قهره على ذلك - إلا أن تجرى الاصلاحات على نفقته بواسطة متى آخر ، أو أ تكشف العيوب التى ظهرت إلى عدم كفاءة مقاول البناء من الباطن ، وبالتالى فإن رفض مقاول البناء الزصلى لعرض مقاول البناء من الباطن التنفيذ العينى يكون على حق

انظر فى ذلك :

V. par ex : Civ 11/31 1970 Bul - Civ 31/3/1971 Bul.
Civ 27/10/1973. Civ 1973 P.399 No 47

انظر فى عرض ذلك د/ محمد شكرى سرور، مرجع سابق، ص ٣٦٣ / ٣٦٤ بند٢٤٤ / ٢٤٥.

إلا أن محكمة النقض المصريه لم تلتزم بذلك ، بل أعطت لقاضى الموضوع سلطة تقديرية مطلقه وليست مقيده فى الأختيار بين طريقتى التعويض حيث قضت فى أحدا حكامها على هذا المفهوم بقولها «... لا وجه لتضرر الطاعن (المشيد) من تقدير التعويض على أساس من هدم المنزل ، مادامت محكمة الموضوع قد انتهت – فى حدود سلطتها التقديرية – إلى أن اصلاح العيب الموجود فى أساس المبنى ، وهو ما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العينى ، يتكلف أضعاف ما انتهت المحكمة إلى القضاء به من تعويض (١).

– هذا ولا يلجأ إلى التعويض القضائى اذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو نص فى القانون (٢٢١ مدنى مصرى) ، ولكن عند تقدير القاضى للتعويض ، ماهى المعايير التى يستند اليها فى تقدير التعويض ؟

---

(١) نقض مدنى مصرى ١٠ / ٦ / ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٧٣٧ رقم ١١٧ بند ٢ .

المبحث الثانى

معايير التعويض القضائى

أولا التعويض عن الضرر المباشر المتوقع :

١١٣- ذكرنا أن مسئولية مقاول البناء من الباطن مسئولية عقدية . ولقد أقر المشرع قاعده عامه وهامه وهى مسئولية المدين العقدية فى حالة الخطأ اليسير ، عن تعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد» (١). وذلك لأنه من المقرر كقاعدة عامة أن الضرر غير المباشر لا يعوض عنه أصلاً لا فى المسئولية العقدية ، ولا فى المسئولية التقصيرية ، ولكنه فى الأخيرة يعوض عن ضرر مباشر متوقع وغير متوقع ، أما في المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم .

وبناء على ذلك اذا ما قضى القاضى لمقاول البناء الأصلى بالتعويض ، فإنه عند تقدير قيمة التعويض إنما يقتصر على جبر الضرر المباشر المتوقع فقط إلا اذا كان وقوع الضرر كان نتيجة ارتكاب مقاول البناء من الباطن غشاً أو خطأ جسيماً أثناء قيامه بتنفيذ البناء فيعوض مقاول البناء الأصلى عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع .

١١٤- ولكن في المقابل قد يلجأ القاضى إلى خفض قيمة التعويض

---

(١) نصت المادة ٢٢١ مدنى مصرى على أنه « ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلايلزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادت وقت العقد » .

المستحق لمقاول البناء الأصلى ، وذلك إذا لم يبادر الأخير إلى رفع دعوى الضمان عند رفض مقاول البناء من الباطن التنفيذ العينى باصلاح الضرر عند أخطاره بالعيوب التى ظهرت فى البناء (١) الأمر الذى أدى إلى جسامة الضرر وتفاقم العيوب مما يترتب عليه زيادة فى نفقات الاصلاح وذلك فى حالة ما إذا تمسك مقاول البناء من اباطن بإهمال مقاول البناء الأصلى فى رفع دعوى الضمان توصلاً إلى خفض التعويض (٢) . لأن مقاول البناء الأصلى كان يستطيع أن يقلل من قيمة التكلفة فى الاصلاح إلى مابذل جهد معقول وهو مبادرته برفع دعوى الضمان وعدم أهماله فى رفعها إلى ما قبل انقضاء المدة التى أعطاها له المشرع لرفع الدعوى خلالها (م ٢٢١ مدنى مصرى) .

- كما قد يتقدم مقاول البناء من الباطن لإصلاح العيوب التى قُضى عليه باصلاحها ثم يرفض ذلك مقاول البناء الأصلى ، ويمنعه من القيام بعمليات الاصلاح مما ساعد على تفاقم العيوب ، وبالتالى زيادة تكلفة الاصلاح بعد ذلك فإن مقاول البناء الأصلى لا يستحق تعويضاً عن ذلك التفاقم لأنه المتسبب فى زيادة الضرر بسبب منع مقاول البناء الأصلى له من تنفيذ التزامه العينى (٣) .

---

(١) قد يستغل مقاول البناء الأصلى المدة التى أعطاها المشرع لرفع دعوى الضمان وهى ثلاث سنوات من وقت اكتشاف العيب ، ولا يرفع الدعوى إلا نهاية هذه المدة .

(٢) انظر فى ذلك نقض فرنسى :

V.C.E 8/6/1950 . G.E 3/1/1928 Gité s pair GABOLDE 1968 NO 35.

(3) Civ 1/2/1971 Bul - 1971 P. 433 no 606

١١٥ – ومن الأسس التى يستند اليها القضاء في تقدير قيمة التعويض عن الضرر المستحق لمقاول البناء الأصلى تجاه مقاول البناء من الباطن ، هو تقدير الضرر بقيمته وقت صدور الحكم ، وليس بقيمته وقت وقوعه حيث ذهبت محكمة النقض [١] عن حكم لها إلى أن العبرة فى تقدير قيمة الضرر هى بقيمته وقت الحكم بالتعويض ، وليست بقيمته وقت وقوعه وسندها فى ذلك أن المسئول عن الخطأ يلتزم بجبر الضرر كاملاً ولا يكون التعويض كافياً لجبره اذا لم يراع في ذلك تقدير قيمة الضرر وقت الحكم ، مالم يكن المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده فلا يكون له عندئذ أن يرجع بغير مادفعه مهما تغيرت الأسعار وقت الحكم . لأن العبرة بتكاليف عمليات الاصلاح أو إعادة البناء بالوقت التى نفذت فيه هذه الأعمال وليس بيوم صدور الحكم [٢] .

ثانياً : كما يشتمل التعويض الضرر المستقبل المؤكد الوقوع:

١١٦– فوفقاً للقواعد العامة يتم التعويض عن الضرر الحال ، والضرر المستقبل بشرط أن يكون الأخير مؤكد الحدوث ، وذلك كأن يكون تهدم البناء فى المستقبل أمراً مؤكداً بناء علي ما ظهر فيه من خلل جسيم . فهنا يحق لمقاول البناء الأصلى استناداً إلى المسئوليه العقدية أو لصاحب البناء الأصلى (رب العمل) استناداً إلى المسئولية التقصيرية الحق فى الحصول على التعويض على أساس من هذا التهدم دون انتظار لوقوعه بالفعل ، وقد

(١) نقض مدنى مصرى فى ١٩٨٦/١٢/٢٣ طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٥٦ قضائية .
(2) GE . 1/7/1954 Cié GABOLDE 1968 No 35

قضت بذلك محكمة النقض المصرية فى حكم لها (١) .

– هذا واذا رجع صاحب البناء الأصلى (رب العمل) على مقاول البناء الأصلى بالتعويض عن الاضرار التى تسبب فيها مقاول البناء من الباطن بمقتضى ما بينهما من علاقة عقدية ، فإن مقاول البناء الأصلى له حق الرجوع على مقاول البناء من الباطن بمقدار التعويض الذى حكم به عليه لرب العمل ، ويمكن لمقاول البناء الأصلى أن يُدخل مقاول البناء من الباطن فى الدعوى لكى يصدر الحكم فى مواجهته مباشرة دون حاجة إلى قيامه بعد ذلك إلى استعمال دعوى الرجوع عليه .

١١٧ – يتقادم التزام مقاول البناء من الباطن تجاه مقاول البناء الأصلى بمضى خمس عشر سنة(٢) من تاريخ تسلم مقاول البناء الأصلى للمبني ، وذلك وفقاً لمادة ٣٧٤ مدنى مصرى ، كما تسقط دعوى الضمان

---

(١) جاء فى حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٦٥/٦/١٠ ، مجموعة أحكام النقض السهة ١٦ ص ٧٣٧ رقم ١١٧ أن « التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضاً عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع إذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية – إلى أن هدم المبنى أمرمحتم ولا محيص من وقوعه ، فإنها اذا قدرت التعويض المستحق (صاحب البناء) على أساس وقوع هذا الهدم ، لا يكون قد قدرته عن ضرر احتمالى ، وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع .

وانظر فى هذا المعنى نقض فرنسى :

Civ 6/5/1981 - 2 - som - p - 346 .

وقضاء مجلس الدولة الفرنسى :

Civ 21-5-1970- Cité par caston p.3/6 natre 2 -

(٢) تتقادم دعوى المسئولية العقدية فى فرنسا بثلاثين سنة .

التى يملكها مقاول البناء الأصلي تجاه مقاول البناء من الباطن بمضى ثلاث سنوات من تاريخ اكتشاف العيب الذى تسبب فى الضرر (١) .

---

(١) نصت المادة ٦٥٤ مدنى مصرى على أنه « تسقط دعاوى الضمان المتقدمة م ٦٥١ ، ٦٥٢ بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب » .

الباب الثالث

مسئولية مقاول البناء من
الباطن تجاه رب العمل (صاحب البناء الأصلى)

تمهيد:

١١٨- لا شك أن العلاقة بين صاحب البناء الأصلى (رب العمل الأصلى) ومقاول البناء من الباطن علاقة غير مباشرة ، أى لا تربطهم علاقة عقدية، وبالتالى فإن مسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل ليست مسئولية عقدية ولكنها مسئولية تقصيرية إذا ما لحق ضرر برب العمل إذ يستطيع أيضاً أن يرجع عليه بالدعوى غير المباشرة[١] على اعتبار أن مقاول البناء من الباطن مدين لمقاول البناء الأصلى والذى يعتبر مدين رب العمل بمقتضى عقد مقاولة البناء الأصلى على عكس علاقة صاحب البناء الأصلى (رب العمل الأصلى) بمقاول البناء الأصلى فهى علاقة مباشرة تنبنى على أساس المسئولية العقدية لوجود عقد مقاولة بينهما يتحمل بمقتضاه المقاول الأصلى تجاه رب العمل مسئولية خاصة تسمى المسئولية العشرية حيث نص عليها المشرع المصرى فى المادة ٦٥١ مدنى مصرى [٢]، واشترط

(١) نظم القانون المدنى المصرى الدعوى غير المباشرة باعتبارها من دعاوى الضمان العام للدائنين، المواد ٢٣٥، ٢٣٦.

(٢) نصت المادة ٦٥١ مدنى على أنه: (١) يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشأت ثابتة أخرى ==

لتطبيقها وجود عقد مقاولة بين رب العمل والمقاول الأصلي وأخضع أيضاً القضاء الفرنسي للمسئولية العشرية ، جميع مؤجري العمل سواء كانوا مهندسين معماريين أم لا، مقاولين أم غير مقاولين أياً كانت صفاتهم وألقابهم، ما داموا قد باشروا مهنة المهندس المعماري أو المقاول وكانوا مرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة (١).

= وذلك لو كان التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أراد أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. (٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. (٣) وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل. ولا تسري هذه المدة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن».

(١) انظر في ذلك على وجه العموم: نقض مدني مصري في الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٠ ق في ٢١ من مايو ١٩٧٥ ، مجموعة القواعد القانونية س٢٦ (١٩٧٥) ق١٩٩ ص١٠٤٨.نقض مدني ١٣ في ٥ من يناير سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٦ ص ٢٦٥، نقض فرنسي (الدائرة ١ مدني) في ١٣ نوفمبر سنه ١٩٦١ ص ٨٧ †R.T.D.Comm١٩٦٣ ص ٤٦٥ تعليق سانت آلاري،† ١٩٦٢ ص ٤٦٢ تعليق كاياناك، نقض فرنسي (الدائرة ٣ مدني) في ٣٠ من أكتوبر ١٩٦٩ بيلتان ١٩٦٩- ٣ رقم ٦٩٣ ص ٥٢٢ في ٢١ من يناير ١٩٧١. ج.ك ب. ١٩٧١ - ٢ - ١٦٧٢٩،في ١٢ من أكتوبر سنة ١٩٧٨ جازيت دي باليه من ٧- ٩ يناير سنة ١٩٧٩ الملخص، وانظر كذلك مجلس الدولة الفرنسي في ٥ من يونيو سنة ١٨٩١ داللوز ١٨٩٢ - ٣ - ٩٣، في ٢ من فبراير ١٨٩٤ سيرى ١٨٩٦ - ٣ ص ٦.

وانظر تطبيقات خاصة: نقض مدني مصري في الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ ق في ١٩٦٥/١/٢١ مجموعة القواعد القانونية س١٧ في ١٣ ص ٨١، نقض فرنسي (الدائرة (١) مدني) في ١٩٦٢/٤/٩ بيلتان ١٩٦٢ - ١ - رقم ٢٠١ ص ١٧٩، بشأن مكتب دراسات فنية، وبشأن مؤسسة مهندسين غير معماريين، وانظر نقض فرنسي (الدائرة الأولى مدني) في ١٩٦٤/١٢/٢١ بيلتان ١٩٦٤ - ١ رقم ٥٨٢ ص٤٥١ ج.ك.ب ١٩٦٤ - ٢ - ١٤٠٠٥، وبشأن مهندس غير معماري انظر نقض فرنسي (الدائرة الأولى مدني) في ١٩٦٥/٣/٨، د ١٩٦٦ الموجز ص ١٧ ، وبشأن مشرف على العمل ليس مهندساً معمارياً. نقض فرنسي (دائرة

وكذلك نص المشرع الفرنسي على المسئولية العشرية في المادة ١٧٩٢، ٢٢٧٠(١) مدني فرنسي المعدلتين بالقانون رقم ٣/٦٧ بتاريخ ٣ يناير سنة ١٩٦٧(٢)، القانون رقم ١٢/٧٨ بتاريخ ٤ يناير سنة ١٩٧٨(٣) .

== (٣) مدني) في ١٩٦٩/١٢/٣ بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ٨٠٣ ص ٦١٢، وكذلك مراقب فني تدخل في وظيفة التصميم التي هي من صميم مهنة المهندس المعماري، انظر نقض فرنسي (دائرة (٣) مدني) في ١٩٨١/٦/١١ جازيت دي باليه ١٩٨٢ بانوراما ص ٢٩. وانظر بشأن مهندس غير معماري، مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٦٥/١١/٥ ج . ك .ب ١٩٦٦ - ٢ - ١٤٥٤٠ وبشأن شركة هندسة « societe ingenerie » تباشر أعمال التصميم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٦٦/٢/٢ مجموعة مجلس الدولة Recleb ١٩٦٦ ص ٧٢.

(1) Article 1792: "si ledifice construit aprix fait, perit en tout partie par le vice de la construction, meme par le vice du sol, les axchitecte et eutrepreneur en sont responsables pendant dix ans - cive2270.

(٢) وبذلك أصبحت المادة ١٧٩٢ بعد التعديل تنص على :

Article 1792: "Si ledifice perit en tout au en partie par le vice de la constructin, meme parle vice du sol, les architectes, entrepreneurs et autres personnes Liees au maitre de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage en sont responsables pendaut dix ans".

« يكون المهندسون المعماريون، المقاولون وغيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل يعقد مقاوله مسئولين عما يصيب البناء من تهدم كلي أو جزئي، إذا نتج هذا التهدم عن عيب في البناء أو حتى عن عيب في الأرض ذاتها ، وذلك لمدة عشر سنوات » .

كما أصبحت المادة ٢٢٧٠ مدني بعد التعديل فتقضي بما يلي:

Article 2270 : "Les architectes entrepreneurs et autres personnes liee au maitre de L'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont decharges de la garantie des ouvrages qu'ils ent fait ou diriges apres dixans s'il sagit de gros ouvrages, apres deux ans pour les menus ouvrages".

« ينقضي ضمان المهندسين المعماريين ، المقاولين وغيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاوله ، للأعمال التي قاموا بها أو أشرفوا عليها ، بعد عشر سنوات فيما يتعلق بالأعمال الكبيرة وبعد عامين فيما يتعلق بالأعمال الصغيرة » .

(٣) وبذلك أصبحت المادة ١٧٩٢ تقضي بما يلي :

==

وعلى ذلك فإن مقاول البناء من الباطن الذى يقوم بعملية التنفيذ دون

أن يكون بينه وبين رب العمل الأصلى عقد مقاولة لا تنطبق عليه قواعد

Article 1792 : Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de pleindroit envers le maitre ou l'acquereur de l'auvrage des dommages meme resultant d'un vice du sol, quicompromettent la solidite de louvrage ou qui, l'affectant daus l'un de ses elements d'equipement, le rendent impropre a sa destination.
une telle responsabilite m'apoint lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une couse etrangere.

« كل معمارى يتولى تشييد عمل يكون مسئولاً بقوة القانون نحو رب العمل أو تؤول إليه ملكية العمل ، عن الأضرار، حتى تلك الناتجة عن عيب الأرض التى تعرض للخطر متانة العمل وصلابته أو التى ، تصيبه فى أحد عناصره التأسيسية ، أو أحد عناصره التجهيزية ، والتى يترتب عليها أن يصير العمل غير صالح للغرض الذى شيد من أجله . وتنتفى هذه المسئولية إذا ما أثبت المعمارى أن الأضرار ترجع إلى سبب أجنبى ».

ثم تضيف الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ سالفة الذكر أنه :

Article 1792 - 1: " Est repute canstructeur de l'auvrage :
1) tout architecter entrepreneur, technicien ou autre personne liee au maltre de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage.
2) Toute personne qui vend apres achevement un ourtage quelle a construit ou fait construier.
3) Toute personne qui, lien quagissant eu qualite de mandataire de proprielaire de l'ouvrage, accomplit une misson assimilable a'celle d'un lacataire d'ouvrage.

« يعتبر معمارياً يتولى تشييد عمل فى هذا القانون :

١- كل مهندس معمارى ، مقاول ، فنى أو أى شخص آخر يرتبط مع رب العمل بعقد مقاوله .

٢- كل شخص يبيع العمل بعد إتمام تشييده ، سواء كان قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين .

٣- كل شخص يقوم بهمة تشابه مهمة مؤجر العمل (المعمارى) ، على الرغم من أنه يتصرف باعتباره وكيلاً عن مالك العمل ».

ثم تضيف الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ سالفة الذكر أنه :

Article 1792 -2 : "La presomption de responsabilite elablie par l'article 1792 setend egalement aux dommages qui affectent la solidite des elements dequipement d'un latiment, mais seulement lorsque ceux-ci faut indiss sociablement corps avec les ouvrages de viabilite, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert. Un

المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى والمقاول. وذلك لعدم توافر شرط عقد

---

element deqiupement est considere comme Formant indissocialement corps avec l'un des ourrages mentionnes a lalinea precedent larsque sa depase, son demontage ou son remplacement ne peut saffectuer sons deterioration ou enlevement de matiere de cet ouvrage".

« تمتد قرينة المسئولية لمقررة فى المادة ١٧٩٢ لتشمل أيضاً الأضرار التى تصيب متانة عناصر التجهيز فى البناء، ولكن فقط إذا كانت تلك العناصر تشكل جسماً على نحو غير قابل للانفصال، مع أعمال المنافع العامة للمبنى ، أو مع الأعمال المتعلقة بتأسيسه ، بهيكله ، بأسواره أو بظلانه ». ويعتبر عنصر التجهيز مشكلاً جسماً ، على نحو غير قابل للانفصال ، مع أحد الأعمال المشار إليها فى الفقرة السابقة ، كلما استحالة تركيب العنصر أو رفعه أو استبداله دون تهدم أو اتلاف أو رفع مواد من هذا العمل المشار إليه».

ثم تضيف المادة ١٧٩٢ فقرة ثالثة أنه :

Article 1792-3: "les autres element dequipement du latiment font l'abjet d'une garantie de bon fonctinnement d'une duree minimale de deuxans a Compter de la reception de l'ourage".

« عناصر التجهيز الأخرى فى المبنى تكون محلاً لضمان حسن أدائها لوظائفها لمدة سنتين على الأقل من تاريخ تقبل العمل » .

أما الفقرة الرابعة فى نفس المادة فتقرره :

Article 1792-4: "le fabricant d'un ouvrage d'une partie dourrage ou d'un element dequipement concu et produit pour satisfaire, en etat de service, a des exigences precises et determinees a l'avance, est solidairement responsable des abligations mises par les articles 1792, 1792-2 et 1792-3 a la charge du lacateur douvrage qui amis en oeuvre, sans modification et conformement aux regles edictees par le fabricaut, louvrage, la partie douvrage ou element d'equipement considere.

Sont assimiles a des fabricauts pour lapplication du present

article:

celui qui a imparte un ouvrage une partie dourtage ou un element dequipement fabrique a letranger.

Celui qui lapresente comme son oeuvre en faisant figurer sur lui son nam que de fabrique ou tout autre signe distinctif".

« كل صانع لعمل أو جزء من عمل أو لعنصر من عناصر التجهيز فى العمل ، صممت وانتجت لكى تفى بأغراض خاصة به وفقاً لمواصفات دقيقة معينة سلفاً ، يكون مسئولاً مسئولية تضامنية عن الالتزامات المفروضة فى المواد ١٧٩٢، ٢/١٧٩٢، ٣/١٧٩٢ من التقنين المدنى ، والملقاة على عاتق المقاول الذى قام باستعمال هذا العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزى فيه ، طبقاً للقواعد الموضوعية من قبل الصانع ، ودون إجراء أى تعديل عليها ». «ويكون فى حكم الصانع فى هذه المادة ، من يستورد عملاً مصنوعاً، أو جزءاً من عمل مصنوع ، أو عنصراً من عناصر التجهيز فى العمل مصنوع بالخارج ».

«وكذلك من يقدم العمل المصنوع على أساس أنه من صنعه، وذلك بوضع اسمه أو ماركته أو أى== علامة مميزة له عليه » .

أما المادة ٢٢٧٠ فأصبحت صياغتها الجديدة على النحو التالى :

Article 2270: "Toute personne physique ou morale dont la res ponsabilite peut etre engagee eu vertu des articles 1792 a 1792-4 du present code est decharagee des responsabilites et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 a 1792-2 apres dix aus acompter de la reception des travaux ou, en application de l'article 1792-3 a lexpiration du delai vise a cet article".

« كل شخص طبيعى أو معنوى يمكن أن تنعقد مسئوليته طبقاً للمواد ١٧٩٢ إلى ٤/١٧٩٢ من هذا التقنين ، يتحلل من المسئوليات والضمانات الواقعين على عاتقه طبقاً للمواد ١٧٩٢ إلى ٢/١٧٩٢، بانقضاء عشر سنوات من تاريخ تقبل الأعمال ، أو طبقاً للمادة ٣/١٧٩٢ بانقضاء المدة المنصوص عليها فى هذه المادة » .

لحســـابه فعلاً(١) ، وكذلك فإن أحكام هذه المسئولية الخاصة لا تنطبق حتى في علاقة مقاول البناء من الباطن بالمقاول الأصلى – كما سيتضح لنا فيما بعد (٢) – الذى يعتبر بمثابة رب العمل بالنسبة لمقاول البناء من الباطن ، وعلى الرغم من وجود عقد مقاوله بينهما ، وذلك لأن هذه المسئولية الخاصة. إنما قصد بها - طبقاً لما جاء بمشروع القانون المدنى المصرى الحالى - حماية رب العمل نفسه الذى يكون فى العادة غير ملم بهذا الفن ، وضد إهمال أو غش الفنيين والمتخصصين فى هذا المضمار بعكس المقاول الأصلى مع المقاول من الباطن فليس فى حاجة إلى تلك الحماية لأنه من أهل الخبرة فى مجال عمل المقاول من الباطن (٣) .

وتطبيقاً لذلك رفض القضاء الفرنسى تطبيق أحكام المسئولية الخاصة

---

(١) وإن كان لهذا أن يرجع على مقاول البناء من الباطن مباشرة بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها . انظر : محمد لبيب شيب: شرح أحكام عقد المقاوله : بند ١٠٥ ص ١٢٣ سنة ١٩٦٣ دار النهضة العربية ، السهنورى : الوسيط : ج٧/١ بند ٦٣ ص ١١٢٠ ، كاستو Caston:

" la responsabilite des constr ucteurs " 1ere ed No 642 p. 28 These 1974, 2 ed 1979".

وانظر : نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١٩٦٨/١٢/١٢ بيلتان ١٩٦٨-٣ رقم ٣٤٥ - نقض تجارى فرنسى فى ١٩٦٨/١٢/١٨، الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٩ ص ١١٩٠ تعليق كاستو نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١٩٧٠/١١/٢٦م الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٧١ ص١٢٣٤.

(٢) انظر فى هذا البحث الباب الثالث - الفصل الأول ص١٦٧ وما بعدها تحت عنوان «اقتراح لتطبيق المسئولية الخاصة للمعماريين على مقاول البناء من الباطن» .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص ١٦٧ - السنهورى : الوسيط ج٧/١ بند ٦٠، ص ١٦ هامش (٢) بها.

هذه على المقاول من الباطن(١) أو بائع العقار(٢) - سواء تحت التشييد أو بعد تمام إنجازه .

وبعد هذا التمهيد فنقتصر فى بيان مسئولية المقاول الأصلى تجاه رب العمل على هذا القدر لأن مجالها المسئولية المدنية للمهندس المعمارى والمقاول تجاه رب العمل حيث ينصب بحثاً أساساً على مسئولية المقاول البناء من الباطن تجاه المقاول الأصلى ورب العمل فقط(٣).

ولذا نتناول بالشرح « إقتراح تطبيق المسئولية الخاصة المعماريين على مقاول البناء من الباطن » ، ثم نوضح بعد ذلك « نطاق مسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل » ، وأخيراً « الضمانات التى قررها المشرع لمقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل» وذلك فى فصول على الوجه الآتى :

---

(١) نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١٩٧١/٧/٨ بيلتان ١٩٧١ - ٣ رقم ٤٥٠، نقض فرنسى فى ١٩٧٤/١/٢٢ بيلتان ١٩٧٤ - ٣ رقم ٣٢ ص ٢٤ .

(٢) نقض فرنسى فى ١٩٧٧/١/١٩ بيلتان ١٩٧٧ - ٣ - رقم ٢٨ ص ٢٣ .

(٣) انظر مزيداً من التفصيل فى بيان مسئولية المهندس المعمارى والمقاول تجاه رب العمل البحوث الآتية : د/محمد شكرى سرور « مسئولية مهندس ومقاولى البناء والمنشأت الثابتة الأخرى » ط ١٩٨٥ - دار الفكر العربى - د/ محمد ناجى ياقوت مسئولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل طبعة ١٩٨٤ - دار النهضة العربية - د/ عبد الرازق حسين يس ، المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ، رسالة دكتوراه طبعة ١٩٨٧ م .

الفصل الأول

اقتراح تطبيق المسئولية الخاصة (العشرية)

للمعماريين على مقاول البناء من الباطن

سوف نوضح فى هذا الفصل موقف المشرع والفقه فى مبحثين مع بيان وجهه نظرنا فى المسألة من خلال اقتراح لتطبيق المسئولية العشرية على مقاول البناء من الباطن .

المبحث الأول

موقف المشرع من المسئولية العشرية

١١٩ – خص المشرع مهندس المبانى والمقاول بمسئولية خاصة (عشرية) إلى جانب المسئولية المقررة بالقواعد العامة فى علاقتهم برب العمل الذى يرتبط معهم بعقد مقاوله(١) .

وذلك عندما نص فى المادة ٦٥١ مدنى مصرى على أنه " يضمن مهندس المبانى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات .

---

(١) انظر فى تعريف عقد المقاوله ، وخصائصه وشروطه وطبيعته الباب الأول ص ١٢ وما بعدها من هذا البحث.

(٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشأت من عيوب يترتب عليها تحديد البناء وسلامته .

(٣) وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل .

ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن».

- وقد أخذ المشرع الفرنسى أيضاً بالضمان ذاته فى المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى المعدلتين بمقتضى القانون رقم ٦٧ - ٣ بتاريخ ٣ يناير سنة ١٩٦٧ ، وبمقتضى القانون رقم ٧٨ - ١٢ بتاريخ ٤ يناير سنة ١٩٧٨ والسابق الإشارة إليهما (١).

- وقد علل المشرع المصرى فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى(٢) هذه المسئولية الخاصة بأن رب العمل رجل غالباً ما يكون غير فنى ، وليس لديه خبرة فى فنون البناء فى مواجهة من يتعامل معهم من أهل الفن والخبرة والدراية التامة بالبناء ، فلذا نجد أن المشرع أراد حمايته من تلاعبهم فى حالة عدم إخلاصهم فى عملهم حيث يكون دافعهم فى ذلك علمهم بجهله وعدم درايته بأعمال البناء وفنونها (٣).

---

(١) انظر فى هذا البحث مضمون هذه المواد بند ١١٨ص ١٥٩ هامش (١ ,٢).

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد ج٥ ص ٢٣ تقرير لجنة الشئون التشريعية.

(٣) انظر السنهورى ، الوسيط ج ٧ بند ٦٣ ص ١٤٠ ، وهامش (١) ص ١٤٠ .

– ولا شك أن نفس الاعتبارات التى حدث بالمشرع المصرى أن يقرر المسئولية الخاصة للمهندس المعمارى والمقاول هى نفسها التى جعلت المشرع الفرنسى يقرر المسئولية العشرية عند وضعة للقانون المدنى سنة ١٨٠٤ وأيضاً عند تعديل أحكام تلك المسئولية سنة ٦٧، ١٩٧٨م.

١٥٣ – وعلى ذلك يمكن القول بأن مسئولية مهندس المبانى والمقاول إنما هى مسئولية خاصة انشئت بمقتضى نص خاص ، أى أنها مسئولية استثنائيه من القواعد العامه ، وبالتالى فلا يتوسع فيها ولا يقاس عليها (١) ، وهوما جرى عليه الفقه والقضاء فى فرنسا حيث قصرا نطاق تطبيق أحكام هذه المسئوليه على المقاول الأصلى دون المقاول من الباطن (٢) – ومن امثلته مقاول البناء من الباطن –، لأن مركز المقاول الأصلى من المقاول من الباطن يختلف عن مركز رب العمل من المقاول الأصلى ، لأن الأولين من اهل الفن والخبره ولا يوجد مقتضى لحمايه خاصة مشدده تمنح للمقاول الأصلى

---

(١) أنظر :

Saint-Mourice (B) : La responsalilite des Aichitectes et entrepreneur apres les travaux " These Grenoble 1940 P. 55's.

(٢) انظر فى الفقه المصرى د/ ناجى ياقوت مرجع سابق ، بند ١٨ ص ٤٠ ومابعدها – د/ شكرى سرور مرجع سابق بند ١٦٧ ص ١٩٣ د/ محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عند المقاوله ، بند ١٠٥ ،د/ محمد كامل مرسى ، مرجع سابق بند ٥٩٨ فى الفقه الفرنسي: مازو ، دروس : ج ٣ بند ١٣٧٩ – ص ٨٣٢ وما بعدها – بلانيول وريبير وراست ، مرجع سابق ، ج١١ بند٦٥٢ ص ١٩٦ ، ٩٥٤ ص١٩٨ .

- G-Flecheux " la protection de sous- traitant J.C.P. 1273 - L. 2514
" La contrat de sous - traitant dous les marches de travaux puplice : J . e. p 1974 - L 2596 .

ضد مقاول البناء من الباطن والمقاول من البناء بصفه عامة ، ويكفى فى حماية حقوق المقاول الأصلى الرجوع إلى القواعد العامه [١]

وقد أيد المصرى ذلك بنصه فى الفقره الأخيرة للماده ٦٥١ مدنى صراحة يقوله « ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن » وبناء على ذلك لا تسرى المسئولية الخاصة العشرية » على مقاول البناء من الباطن فى موجهته للمقاول الأصلى.

المبحث الثانى
موقف الفقه القانونى
من المسئولية العشرية

١٢١ – ولكن يثور التساؤل عن مدى التزام مقاول البناء من الباطن بالضمان الخاص (المسئوليه العشرية) نحو رب العمل الأصلى والعرضى (مقاول البناء الأصلى) ؟

- أن الاجابه عن هذا التسائل تقتضى منا البحث فى الاعتبارات التى قيلت لاخضاع المقاول الأصلى والمهندس المعمارى للمسئولية الخاصة فى علاقتهم برب العمل

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج٥ ص ٢٣ - السنهورى ، مرجع سابق، ج٧ ص ١٤٠

وكذلك الاعتبارات التى قيلت بصددعدم اخضاع المقاول من الباطن لتلك المسئولية فى علاقته بالمقاول الأصلى ، ومامدى توافر تلك الاعتبارات بالنسبة لرب العمل فى علاقته بالمقاول من الباطن ، وهل هذه الاعتبارات مازالت قائمه رغم كل المتغيرات التى شملت مجال التشييد والبناء ؟

وذلك حتى يمكن لنا الحكم عن مدى الحاجه من عدمها فى تطبيق المسئولية الخاصة على مقاول البناء من الباطن ، والمقاول من الباطن بصفه عامه فى مواجهة رب العمل وسوف نعرض فى هذا المجال للحجج التى قيلت لأعضاء المقاول من الباطن من تطبيق المسئولية الخاصة موضحين موقف الفقه والقضاء المصرى والفرنسى من ذلك ، ثم نعرض لرأينا فى هذه المسئولية وذلك على الوجة الأتى :

١٢٢- ذهب أصحاب الرأى الرفض لتطبيق المسئوليه الخاصة (العشرية)على المقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل إلى اعتبارات متعدده منها اعتبارات فنيه وإلى اعتبارات قانونية وإخيراً اعتبارات ماليه (١).

---

(١) أنظر فى الفقه الفرنسى : مازو ، دروس فى القانون المدنى ، ج٣ فقرة ١٣٦٦ ص ١٣٢٩ وانظر عرض ذلك : روسيل ، مرجع سابق بند ٢ ومابعده - بيجو ، مرجع سابق ص ٤٢ ومابعدها :
Caston (A): La responsabilite des constructeurs No.391 p. 183
أنظر الجريدة الرسمية لمناقشات الجمعية الوطنية الفرنسية (J.o Deb.AN) من ديسمبر ١٩٧٧ ص ٨٩٨٠ .
- انظر فى الفقه المصرى د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقره ١٠٥ ص ١٢٣ ومابعدها د/ السنهورى مرجع سابق ، ج ٧ بند ٦٢ ص ١٣٧ مابعدها - بند ٦٣ ص ١٣٨ وما بعدها - انظر نقض مدنى مصرى فى ١٩٤١/٤/١٧ ، ومجموعة القواعد القانونيه (عمر) قاعدة ١١٢ ص ٢٧ .

أولا - **أما الاعتبارات الفنيه** : سبق الاشارة اليها عندما استند اليها المشروع فى تطبيق المسئوليه الخاصة على المقاوله الأصلى والمهندس المعمارى تجاه رب العمل ، وهى عدم الدراية الفنية لرب العمل بأعمال التشييد والبناء فأراد حمايته ، وقيل أن هذا السبب قائم بالنسبة لرب العمل فى موجهة مقاول البناء من الباطن ، ولكن يَجُب ذلك أن المقاول الأصلى يظل مسئولا مسئولية خاصة عن أعمال المقاول من الباطن تجاه رب العمل . لأنه يلتزم بأعمال مساعدية ولو لم يعتبروا من أتباعه بالمعنى المفهوم فى مسئولية المتبوع عن التابع كما لو كانوا مقاولين من الباطن [١]

- ولكن نتسأل عن الموقف فى حال ما اذا قبل رب العمل عقد المقاوله من الباطن ، وأقر شروط الدفع التى وضعها أطرافه ؟ ألايعتبر رب العمل فى هذه الحالة ثالثا فى عقد المقاولة من الباطن بهذه الموافقه ، ومن هنا تولد العلاقة المباشرة بينه وبين المقاول من الباطن ، وبالتالى يلتزم المقاول من الباطن متضامنامع المقاول الأصلى بالضمان الخاص (المسئولية العشرية)[٢] من الوقت الذى يكون رب العمل قد قبل المقاوله من الباطن وأقر شروطها

(١) انظر أوبرى ورو وأسمان ، مرجع سابق ، ج ٤ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤ .

(٢) وقد نادى بهذا الرأى أحد أعضاء لجنة الشئون الشريعيه بمجلس الشيوخ الفرنسى ويدعى (M.pillet)حيث أقترح (أن يكون المقاول من الباطن مسئولا بالتضامن مع المقاول الأصلى عن الالتزامات التى تفرضها على عاتق هذا الأخير المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى وما بعدها ، من الوقت الذى يكون رب العمل قد قبل المقاوله من الباطن طبقا للمادة (٣) من القانون رقم ١٣٣٤ لسنه ١٩٧٥ الصادر فى ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥ والخاص بتنظيم عقد المقاوله من الباطن (الجريده الرسميه ١٩٧٦/١/٣ ص ١٤٥) وانظر اقتراح ==

وذلك وفقا لما تقضى به الماده الثالثة من القانون ١٣٣٤لسنه ٧٥ والعدد فى ٣١ / ١٢ / ٩٧٥ والخاص بتنظيم عقد المقاوله من الباطن(١)

ثانيا : كما أستند أيضا أنصار الرفض لتطبيق المسئولية الخاصة على المقاول من الباطن إلى حجج قانونية يمكن تناولها على الوجة الأتى :

أ- قال بعض النواب فى الجمعية الوطنيه الفرنسية أن أخضاع المقاول من الباطن للمسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى والمقاول الإصلى فيه مخالفة لأحكام القانونى ١٣٣٤ لسنه ٩٧٥ والخاص .بحمايه المقاولين من الباطن من افلاس أو تصفية أعمال المقاول الأصلى ، والذى جعلة أى المقاول الأصلى مسئولا عن أعمال المقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل(٢)

== (M.piollet) " la sous - traitant accepte par le maitre de M. pillet l'auvrage, daus les conditions visees a' l'article 3de laloin 75,1334 du 31dec 1975 soit salidaire meut responsable des abligateions mise a'la charge du Lacateur douvrage par les art 1792 ets " Jo. deb Ass. No 20 dec 1977 P. 8980.

(١) وانظر المادة الثالثه من القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ٧٥ فى ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥

Art 3 de la lai 75-1334du31dec 1975 " f,enlvepreneuk qui entend executer un cantrat ou un marche en recouraut a un ou plusieurs sous- traitants doit au mamenk de la canclusion et pendaut toute la duree du contratoi du marche faire accepter chaque traitant et agreer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le mitre de l'auirage

(٢) الجريدة الرسمية لمناقشات الجمعية الوطنية (J.o Deo. AN) فى ٢٠ ديسمبر سنه ١٩٧٧ .

ب - أما اذا رجعنا لشروط تطبيق المسئولية الخاصة (١) ، فنجد أنه يشترط لتطبيق المسئولية الخاصة وجود عقد مقاولة بين رب العمل والمقاول الأصلى ، ولا يوجد هذا العقد بين رب العمل والمقاول من الباطن ، وإنما عقده يكون مع المقاول الأصلى الذى يرتبط فى نفس الوقت بعقد بينه وبين رب العمل . وبالتالى نجد أن العقدين قد تداخلا موضوعاً و، أختلفا فى الأشخاص ، وتطبيقا لمبدأ نسبيه الاثر الملزم للعقد فلا يخضع المقاول من الباطن للمسئوليه المشدده طالما لا يرتبط برب العمل بعقد مقاوله (٢)

ثالثا : أما الأعتبارات المالية : فيرى أيضا أنصار هذا الرأى أن الأمكانيات الماليه والتمويلية والفنية للمقاول من الباطن فى أغلب الأحيان تكون ضعيفة ، فإذا ما أخضعنا المقاول من الباطن للمسئولية المشدده سوف يؤدى ذلك إلى إفلاسه و انهياره (٣)

١٢٣- الرد على الحجج السابقة :

يمكن لنا أن ترد على الحجج التى ساقها أنصار الرأى الرافض لتطبيق المسئولية العشرية على المقاول من الباطن وذلك على الوجة الأتى .

---

(١) انظر فى هذا البحث بند ١١٨ ص ١٥٧ ومابعدها.
- انظر مازو ، مطول المسئوليه ج ٢ بند ١٠٧ - ٦ ص ٧٦ .
- كاستون و مرجع سابق ، بند ٣٩١ ص ١٨٣ وما بعدها .

(٢) انظر كاستون (Caston) مرجع سابق ، بند ٣٩١ ص ١٨٣ وما بعدها .

(3) Bigot (J) : la reforme de l'assurance conslructien " ed l'arhus p 42-43paris 1980'

اولا : **فيما يتعلق بالحجة الفنية** التى استندا اليها المشروع فى تقرير حمايه رب العمل

لعدم درايته الفنية فى مواجهة المقاول الأصلى ، ونتساءل اليست هذه العله متوافره أيضا بالنسبة لرب العمل فى مواجهة المقاول من الباطن حتى تقررالمسئولية الخاصة تجاهه ؟ علاوه على أن الصالح العام فى المجتمع يقتضى سريان هذه المسئولية تجاه المقاول من الباطن حتى تكون دافعاً له على ضرورة اتقان ما يؤديه من عمل ، لأن أى أهمال فى أداء العمل ينعكس بالضرر على المجتمع حيث يضار بعض أفراد الجماعه المستخدمين لهذا البناء ، واذا كان المشرع لم يقرر سريان المسئولية الخاصة تجاه المقاول من الباطن لحماية مصلحة خاصة له ، فإن حماية المصلحة العامة أوجب ، وخاصة أنه جعل أحكام هذه المسئولية متعلقة بالنظام العام ، عند ما نص فى المادة ٦٥٣ مدنى مصرى على ذلك بقوله « يكون باطلا كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه »(١) فجعل بذلك البطلان جزاء كل شرط يلغيها أو يحد من نطاقها ومن هنا نقول : أن

(١) انظر ايضا المادة ١٧٩٢ - ٥ مدنى فرنسى

Article 1972 -5 " Toute chause d'an contrat qui a paur abjet , soit d'exclure au de limiter la responsabilete prevue aux artilles 1992 , 1792 - 1 et 1792 -2 soit d'exchure la garantie precue a' l'arlicle 1792 - 4 ou d'en limiter la portee , soit d'ecarter au limiter la solidarite prevue a' larticle 1792-4 est reputee non ecrite"

- يقع باطلا كل شرط فى العقد يكون بمقتضاه استبعادالمسئوليه المنصوص عليها فى امواد ١٧٩٢ / ١٧٩٢ ، ١/١٧٩٢/٢ او الجد من هذه المسئوليه ، أو استبعاد الضمان المنصوص عليه فى المادة ١٧٩٢ / ٣ والتضييق من نطاقه او استبعاد التضامن المنصوص عليه فى المادة ١٧٩٢ / ٤ أو الحد منه .

المشرع أراد بذلك فعلا حماية رب العمل بتقرير هذه المسئولية الخاصة تجاه المقاول الأصلى والمهندس المعمارى ، إلاأنه فى نفس الوقت يجب الايهدر المصلحة العامه وعلية أن يتغيا المصلحتين معاً عامه وخاصة ، وذلك بتقرير المسئولية الخاصة تجاه المقاول من الباطن متضامنا مع المقاول الأصلى فى مواجهة رب العمل ، وخاصة فى الحالة التى يوافق فيها رب العمل على عقد المقاولة من الباطن بين المقاول الأصلى ومقاول البناء من الباطن[١] ومما يؤيد ذلك أن القضاء سواء المصرى أو الفرنسى [٢] لم يقتصر فى تطبيق أحكام المسئولية الخاصة على المهندس المعمارى والمقاول لأسباب شخصية تتصل بشخصيتهما وانما كان يطبق أحكام المسئولية الخاصة استنادا إلى معيار اكثر موضوعية ، فقضى بأخضاع كل من يباشر مهام هذه الشخصية

---

(١) انظر فى تأييد ذلك د/ بودرى وفال فى الايجار ج ٢ فقره ٣٩١٨ ط٣ باريس سنه ١٩٠٧ د/ انظر فى عرض ذلك بوبلى ، عقد المقاوله موسوعه داللوز ط٢ سنه ١٩٨١ القانون المدنى - عقد المقاوله(contrat dentraprise) بند ٣٥٧ وما بعدها ، ص ٢٢٦ وما بعدها- بلانيول وربير ورواست ، مرجع سابق ، ج ١١ فى العقود المدنيه باريس ١٩٥٤ م بند ٩٥٧ ص ٢٠١ وما بعدها .

(٢) انظر فى الفقه المصرى : محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، بند ١٠٥ ص ١٢٢ ط ٢ ١٩٧٢ م مطبعه السعاده د على العطار ، تشريعات تنظيم المبانى ومسئوليه المهندس والمقاول بند ٥٢ ص ١٢٢ وما بعدها د/ السنهورى ، الوسيط ج ٧ بند ٦٢ ص ١٠٩ ، ومحمد ناجى ياقوت ، مرجع سابق ، بند ٨ ص ٢٢ وما بعدها

وفى الفقه الفرنسى : انظر بلانيول وربيير ورواست ، مرجع سابق ، ج ١١ بند ٩٥٢ ص ١٩٥ وما بعدها مازو ، مطول المسئولية ج ٢ بند ١٠٧٠ - ٥ ص ٦٩ ، بوبلى ، عقد المقاوله ، موسوعه داللوز ط ٢ ١٩٨١ - القانون المدنى - عقد المقاوله Contratdentreprise بند ٣٠١ ص١٩٠ .

Karila (J.P) : la rèconnaissance de responsabilitè des constructeurs , conditians d'existence des effets " G.P. 1978 , 2 , P . 35 ets.

لأحكام مسئوليتها ، ولو افتقد الصفه أو أعوزه اللقب ما دام من يباشر العمل كان مرتباطا مع رب العمل بعقد مقاوله [١] وحتى كان أساس تطبيق أحكام هذه المسئولية هو إذن مباشره مهام التشييد والبناء ، أى مباشرة مهمة كل من مهندس المبانى والمقاول فإننا نقول بخضوع المقاول من الباطن لأحكام هذه المسئولية وخاصة أنه هو الذى ينفذ العمل أو جزء منه تنفيذا فعلياً .

١٢٤ - ثانيا : أما فيما يتعلق بالحجج القانونيه فيمكن الرد عليها على الوجة الآتى :-

أ - بالنسبة للحجة التى استندت اليها الجمعية الوطنية الفرنسية وهى قولها بأن : « أخضاع المقاول من الباطن للمسئولية الخاصة للمعماريين فية مخالفة للقانون ١٣٣٤ لسنه ١٩٧٥ » والتى وضعت لحماية المقاول من الباطن ضد عدم أداء المقاول الأصلى الأجرله »

فإننا نقول رداً على ذلك : بأن هذا القانون لم ينص صراحة أوضمناً على عدم خضوع المقاول من الباطن للمسئولية الخاصة للمعماريين ، وبالتالى فإن القول بوجود مخالفة فيه تجاوز لمحتوى النص ، كما أن المشرع بيده تطبيق المسئولية طالما أن الدوافع إلى ذلك قد توفرت أمامه . [٢]

---

(١) انظر د/ عبد الرازق حسين ، مرجع سابق ، ص ٤٣٣ .

(٢) انظر Roussel (A) et Collaborateurs : " Responsabilite et assurances des constructeurs" Guide prarique et theorique P.3E8. Paris 1978

ب - وبخصوص السند القانونى الذى يتعلق : « بعدم وجود عقد مقاوله للقول بعدم وجود رابطة عقديه بين رب العمل والمقاول من الباطن لكن تطبق أحكام المسئولية الخاصة (العشريه) بالمهندس المعمارى والمقاول وذلك وفقا لشروط تطبيق هذه المسئولية .

فنرد على ذلك بأن الطبيعة القانونية للمسئولية الخاصة للمهندس المعمارى والمقاول مازالت محل جدل فى الفقه والقضاء حيث انقسم الفقه والقضاء الى اربع طوائف[1] فالاولى : تقول بقيام المسئولية الخاصة على أساس تقصيرى [2] ، أما الثانية : فتقول : بأنها تقوم على اساس عقدى[3] وقالت الطائفة الثالثة : بأن المسئولية الخاصة انما هى مسئولية مزدوجة بين العقد

(١) انظر فى عرض مختلف الآراء فى الطبيعة القانونية للضمان العشرى ومناقشتنا بالتفصيل ؛ د/ محمد شكرى سرور مسئولية مهندس ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة ، دراسة مقارنة ، ط ٨٥ ص ٢٧١ وما بعدها بند ٢٤٥ وما بعده .

(٢) يذهب بعض القضاء الفرنسى ويقول بأن المسئولية مسئولية تقصيريه (نقض مدنى ١٦ مايو سنه ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٥٢ ، نقض ١٩ يونيه سنه ١٩٢٩ داللوز الاسبوعى ١٩٢٩ - ٣٩٣ نقض مدنى ٢٤ نوفمبر ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٥٥ - ١ - ١٠٠.

(٣) انظر د/ السنهورى ، مرجع سابق ، ج ٧ ص ١٦٧ وما بعدها بند ١٧ - د/ محمد كامل مرسي، مرجع سابق ، فقرة ٥٩٤- انظر نقض مدنى مصرى ١٩٣٩/١/٥ (مجموعه عمر) رقم ١٥٤ ص ٤٥٢ ، نقض مدنى مصرى ١٩٥٠/٦/٩مجموعه احكام النقض (٦) رقم ١٦٥ ص ١٢٣٥ وانظر فى الفقه الفرنسى : حيث ذهب البعض منهم الى القول بأن المسئوليه الخاصه مسئولية عقديه : أوبرى ورو واسمان ، مرجع سابق ، ج ٥ فى البيع والايجار ط٦ باريس سنه ١٩٤٦ فقره ٣٧٤ ص ٤١١ هامش (٨) - بودرى وفال ، مرجع سابق ج ٢ فقره ٣٩٤٢ وفقره ٣٩٤٣ - سافاتييه ، المهن الحره ، ص ٣١١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ج٢ فقره ٣٠٠٤ - هنرى مازو ، فقال فى المسئولية التقصيرية والمسئولية العقديه ، مجلة القانون المدنى الفصلية سنه ١٩٢٩ ص ٦١٢ فقره ٥٣ .

والقانون (١) أما الطائفة الرابعة من الفقة والقضاء : فقالوا : بأنها «مسئولية استثنائية لاحقة على العقد انشأها المشروع بمقتضى النص القانونى بين أشخاص ارتبطوا بعقد نفذ فيما بيتهم أو بين خلف هؤلاء الأشخاص »(٢).

---

(١) قضت محكمه النقض المصرى فى حكم لهافى ١٩٣٩/١/٥ مجموعه عمر ج ٢ ص ٤٥٢ رقم ١٥٤ بأنه " عند استئجار الصانع لعمل معين يعتبر بحسب الاصل - منتهيا بانقضاء الالتزامات المتولده عنه على الصانع ورب العمل يتسلم الشيء المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه " وقد أشارت المحكمة فى ذلك الحكم الى خروج المشرع المصرى على هذا الاصل فى خصوص مقاولات المبانى وقالت :" بأن المشرع قد أنشأ الضمان " على خلاف ما يقتضيه عقد المقاوله من انقضاء الالتزام بالضمان بتسليم البناء مقبولا بحالته الظاهره التى هو عليها " فقد كان منطقيا إلى أن تنتهى فى ذلك باضفاء الصيغه الاستثنائية على الضمان الخاص بهذه المقاولات ولكنها انتهى على العكس وفى نفس الحكم الى التأكيد على الطبيعة المزدوجة لمسئولية المقاول والمهندس المعمارى عن خلل البناء بعد تسليمه بقولها " لا يمكن اعتبارها مسئولية قانونيه من نوع آخر مستقله بذاتها ومنفصله عن المسئولية العقدية المقرره بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاوله".

- انظر ايضا : نقض مدنى فرنسى (الدائره الاولى فى ٥ / ٤ / ١٩٦٥ ج ك - ب ١٩٦٥ - ٢ - ١٤٢٦١ -

- Flamme (A) et le Poffe (J) " le contrat d'entreprise " Bruxelles 1966 - 337 ets No 603 - 605

- Modrne (F) " les rapports entre responsabilité contractulle et (a'prapos les travaux publics de reconstruction) D. 1971 - 1 - chr - P - 272 col 2 et note 64 .

- انظر مازو ، منرجع سابق ، ص ٨١ - ٨٢ بند ١٠٧٠ / ٦ .

(٢) انظر من أحكام القضاء الادارى الفرنسى التى فرقت بين الضمان العشرى ، والمسئولية العقديه:

C.E. 8/11/1968 I.C.P 1969-2-16129 et Note Moderne - ODENT: Cite par costa (J.l) : la responsabilité des constructeurs d'apres la loi du 4 Janvier 1978 D 1979 - chr.P.46 Note 51.

انظر ايضا بلانبول دريبير ورواست ، مرجع سابق ، ج ١١ بند ٩٤٧ ص ١٩٧ .

وامام هذا الخلاف على الطبيعة القانونية للمسئولية الخاصة نستطيع القول بأن الاستناد إلى ضرورة وجود الرابطة العقدية لتطبيق المسئولية الخاصة للمعماريين على المقاول من الباطن لم تعد ذات أهمية بالنسبة لأصحاب الأراء التى تقول بأن أساس المسئولية الخاصة (العشريه) ليس عقدياً انما هو قانونى أو تقصيرى .

١٢٥ – ونستند أيضاً فى ردنا السابق وقولنا بعدم ضروره الرابطة العقدية لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة على المقاول من الباطن إلى ما يأتى:

١ – إن المشرع الفرنسى طبق المسئولية الخاصة دون أن يتطلب فى بعض الاحوال أيه رابطة عقدية تربط بين رب العمل وبين من يقومون ببعض أعمال المقاولات ومثال ذلك :مانص علية المشرع الفرنسى فى المادة ١٧٩٢ ٤[١] مدنى فرنسى من اخضاع الصانع لعمل أو جزء من العمل [٢]

(1) Article 1792 - 4 : " le Fabricant d'un auvrage d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'equipement concu et produit pour satisfaive en etat de service a'des exigences precises et determinees a' l'avance est solidairement responsable des abligation mises par les articles 1792 , 1792-2 et 1792-3 a la charge du lacateur d'auvrage qui a mis en aeuvre , sans madification et conformement aux regles edictees par le fabricant , l'auvrage la parlie d'auvrage ou element d'equipement considéré sont assimiles a' des fabricants pour l'application du présent article: cleu qui a importe importe un aurtage , une partie d'auvrage au un élément d'equipement fabrique a'letranger .celui qui l'a presente comme son oeurre en faisaut figurer sur vuison non , sa marque de Fabriqué ou laut autresigne distinctif "

(٢) انظر فى مسئولية الصانع عن منتجاته المعيبه او الخطر بصفه عامه باللغة الفرنسيه
Mazeaud (h) " la responsabitité du vendeur Fabricant R. T. D . F ==

أو أى عنصر تجهيزى فية ، وكذلك المستورد والموزع بكل هذا أو حتى البعض منه للمسئولية الخاصة متضامنا مع المقاول دون أن يكون بينهم وبين رب العمل رابطة عقدية .

وعلى ذلك نجد ان المشرع الفرنسى لم يلتزم بشرط الرابطة العقدية ، وبالتالى أهدر هذه الحجة بكثره ما استثناه منها بنصوص خاصة جاءت فى القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨, الأمر الذى يمكن معه القول اليس من الأجدر أن يخضع أيضا فى ظل هذه النصوص الاستثنائيه الخاصة مقاول البناء من الباطن للمسئولية الخاصة ؟.

٢ – هذا ولم يلتزم المشرع الفرنسى أيضاً بضروره شرط الرابطة العقدية فى تطبيقة أحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين فى حالات عديده

=

1965 P . 6 11
Francais : Gaz pal . 1973 , 11 doct PP . 463 et suiv
Molinvaud (ph) : " La responsabilité du vendeur a' raison des vices de la chase . J . . C . . P 1968 , 1 , 2153 .
-Revel : " la responsabilité des Fabricants " these paris 1975
- caston: Leoactions ouvertes au maiterde l'auvrage et a'l entrepreneur encas de vice de materiau A.J.P.I 1971 P. 756.
- C. Stora : " l'abligation de garantie et la respansabilite des Fabricants de materiaux " A.J.P.I. 1980 PP. 213 et suiv .

د/ محد شكرى سرور : مسئولية المنتج عن الاضرار التى تسببها منتجاته الخطره ط ١٩٨٣ دار الفكر العربى – القاهره .

د/ محسن شفيق : مسئولية المنتج – دراسة فى قانون التجارة الدوليه " محاضرات عن الآلة الكاتبة ، القاها على طلبه الدراسات العليا(دبلوم القانون الخاص) – جامعة القاهره عام ٧٦ / ٧٧

– محمد ناجى ياقوت ، مرجع سابق ، بند ٢٢٢ ص ٥٦ وما بعدها

- J Bigot : la nation de dompasamt " R. T . D . I . 1980 P 132 et s.

أيضــاً كـمــا فى حـالـه بيع عـقــار تام الانجـاز (م ١٧٩٢ - ٢،١) مــدنى فرنسى)، وحاله عقد التمويل العقارى (م ١٨٣١ - ١مدنى فرنسى[١])، عقد الوكاله (٧٩٢ - ٣،١) وعقد بيع عقـار تحت التشـيـيد (م ١٦٤٦ / ١مـدنى فرنسى[٢]) والذى أضـــاف المشــرع فـــيـــه نص الماده (١٦٤٦ -١) التى تقررسريان نفس الأحكام الخاصة، المنصوص عليها بالمادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ، على بائع العقار تحت التشييد »و معاملة له بعكس مقصوده ، وتحقيقاً للحماية القانونية التى تنتقيها المصلحة العامه ، ومصلحة من سيؤول اليه العقار ، الذى قرر المشرع أنهم ليسوا بأقل حاجة لهذه الحماية

---

(1) Article , 1831 - I . C . C le contratde promation immabiliere est un mandet d' intéret commum par lequel une personne dite " promateur immabulier s'ablige encers le maitre de l'auvrage a' Faire proceder pour un prix convenu , au mayen de contrats de louage d'auvrage , a la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édiféces ainsi qu'a' proceder elle meme ou a'Faire proceder moyennant une remuneratin convenve ataut au partie des aperatins juridiques , administratives et Financieres concourant ou méme abjet ce promoteur est garant de l'exécutin des abligations mises a'la charge des personnes avec lesquelles it a traite ou nom du maitre de l'ouvrage .

- It est notamment garant des vices caches dons les conditiens visees oux articles 1792 et 2270 .
- si le promateur s'engage a'executer lui-meme partie des aperations du programme , il est tenu, quant a'ces aperateins ,des abligations de locateur d' auvrage .

وقد أضيفت الماده السابقه الى القانون المدنى الفرنسى بالقانون ٥٧٩ لسنه ١٩٧١ الصادر فى ١٩٧١/٧/١٦ م والذى عمل به اعتبار من ٣١ / ٢ / ١٩٧٢ الذى اضاف الى القانون المدنى الفرنسى بابا جديدا تحت رقم ٨ مكرر(tirre VIII li) بعنوان عقد التمويل (التنميه) العقارى مضمنا فى مواد جديده هى الماده ١٨٣١ / الى ١٨٣١ / ٥ .

(٢) انظر مالتفو : مقال " ضمان العيوب بواسطه البائع الممول للمنشآت العقاريه " الاسبوع القانونى ١٩٦٩ - -١-٢٢٨٤ بند ١٦ حيث يقرر فيه " ان القانون قد الحق مسئولية بائع العقار تحت التشييد بمسئولية المهندس المعمارى والمقاول .

من رب العمل الأصيل الذى تم العمل فعلا لحسابة (١) ، وأخضع أخيراً ايضا عقد معمارى المساكن الخاصة أوالفيلات (م ٤٥ - ١ حق القانون رقم ٥٧٩ لسنة ٧١ المعدل بالقانون رقم ٦٤٩ لسنة ١ ,

ومما سبق نجد أن المشروع الفرنسى قد خرج بنفسه عن هذه الحجة فيما يتعلق بضرورة تطلبها علاقه عقدية « عقد مقاوله بين رب العمل والمقاول من الباطن لتطبيق هذه المسئولية الخاصة عليه الأمر الذى يد حص هذه الحجة .

٣ - ومما يؤيد عدم ضرورة توافر الرابطة العقدية موقف المشرع المصرى والفرنسى عندما تدخلا وأوجدا علاقه قانونية بين المقاول من الباطن تجاه رب العمل ، حيث أعطيا للمقاول من الباطن - بشروط خاصة - (٢) حق رفع الدعوى المباشرة ضد رب العمل للمطالبة بما هو مستحق للمقاول الأصلى طرفه للوفاء بأجر المقاول من الباطن أو القدر المتبقى منه(٣) كل هذا لحماية المقاول من الباطن من افلاس المقاول الأصلى وتصفية أمواله ، وهنا نتسأل اليس رب العمل ووفقاً لما تقتضية المصلحة العامة بحاجة إلى

---

(١) انظر كاستون ، مسئولية المعماريين ، بند ٣٧١ ص ١٧٥ .

(٢) انظر تلك الشروط فى هذا البحث فى الباب الثالث - الفصل الثالث " ضمانات المقاول من الباطن تجاه رب العمل ص ٢٠٣ ومابعدها .

(٣) جاء فى المادة ٦٦٢/١ مدنى مصرى " يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشره بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الاصلى وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلى ورب العمل " .

مثل هذه الحماية أيضا[١] ، فلماذا لاتكون له فى المقابل دعوى مباشرة تجاه مقاول البناء من الباطن للعمل أو للتعويض عما يلحق من ضرر تسبب فيه مقاول البناء من الباطن بعمله؟ .

١٢٦ - ثالثا : أما بالنسبة لحجة الضعف المالى والفنى للمقاول من الباطن :

فنقول رداً على ذلك بأن الاستدلال بهذه الحجة يهدمها الواقع الفعلى ، وما يجرى به العمل فى مجال التشييد والبناء سواء فى مصر أو فى فرنسا ، وذلك لأن مقاول البناء الأصلى لا يسند إلى مقاول البناء من الباطن إلا الاعمال التى لا طاقة له بها فنيا أو مادياً كأعمال الاساسات ، والتركيبات الفنية الكبرى التى يحتاجها البناء ، والتى تحتاج إلى تخصص معين ، والى كفاءة فنية ومالية لاقدرة له عليها [٢] ، ومن هنا نقول بأن اسناد المهمة إلى مقاول البناء من الباطن لا يقع أساسها فى الفقر أو الضعف الفنى ، ولكن الأساس ينصب إلى احتياج العمل إلى نوع معين من التخصص الفنى

---

(١) انظر د/ عبد الرازق يس ، مرجع سابق ، ص ٤٤١ / ٤٤٢ .

(٢) قد يعترض البعض على ذلك يقولهم مثلا بأن كثير من عقود " المقاولون العرب عثمان " تتم بمقاولين من الباطن مع أن (المقاولين العرب اكثر قدره وتخصصا " ونرد على ذلك : بأن هذه الحاله مبينه على الأمر النادر وليس الأمر الغالب ، فالغالب أن كثيرا من شركات المقاولات ليست متخصصه فى جل أعمال البناء وإنما فى فرع فقط منه أما باقى التجهيزات فهى ليست متخصصه فيها ، وتستعين بمقاولى البناء من الباطن المتخصصين، وخاصه فى ظل نظام المناقصات التى تدخلها معظم الشركات استنادا الى سيق الأعمال فقط والتى تمت بواسطه مقاولى البناء من الباطن واعتماد فقط على القدره الماليه وحسن السمعه ، كما أن تفرع عمليات البناء وتشعبها تستلزم الاستعانه بمقاولى البناء من الباطن كل فى تخصصه .

والمالى ، ومدى قدرة مقاول البناء الأصلى المتعاقد مع رب العمل على القيام به او ان يعهد به إلى مقاول بناء من الباطن يكون اكثره قدرة من الناحية الفنية والمالية للقيام بأنجازه [١] ·

كما أن الواقع العملى أيضا يؤكد دائماً أن الأعمال التى ينفذها مقاول البناء من الباطن له اكثر أهميه من تلك التى يقوم بتنفيذها المقاول الأصلى [٢] ·

١٢٧ – ومما سبق من عرض حجج الرافضين لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة على مقاول البناء من الباطن بصفة خاصة والمقاول من الباطن بصفة عامه مكتفين بتطبيق أحكام المسئولية العامة فقط حيث يروا كما ذكرنا أن فيها الكفايه [٣] .

وبعد مناقشة تلك الحجج والرد عليها **نرى** : أن المقاول من الباطن بصفة عامة ومقاول البناء بصفة خاصة يجب اخضاعهما متضامنين مع

---

(١) انظر ، بيجو ، مرجع سابق ، ص ٤٢ ، ٤٣ .

(٢) انظر ، بيجو ، مرجع سابق ، ص ٤٣ هذا وقد ساق مثال على ذلك لـ بريدو (l.Brideu) يخلص فى أن اكبر مركز ثقافى موجود فى باريس وهو المسمى (بمركز جورج بميدو ، قام بتنفيذ اعمال التركيبات وأعمال التكييف المركزى فيه هى شركتان تقاولنا على تنفيذ كل هذه الاعمال من الباطن علما بأن هذا الذى قامتا به لأكثر أهميه سواد من حيث الكم والكيف مما قام به المقاول الاصلى فى العمليه .. " منشور فى الوقائع القانونيه للمكيه العقاريه سبتمبر س١٩٧٩ تحت le-role de l'expert

(٣) وانظر نقض فرنسى ١٨٦٨/٢/١٢ داللوز٦٨ - ١ - ٥٠٢ ، نانس ١٩٠٩/٥/٢٢ داللوز ١٩١٠-٢-٣٥٧.

المقاول الأصلى لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين وذلك من خلال تدخل المشرع سواء المصرى والفرنسى لتعديل أحكام نص المادة ٦٥١ مصرى، المواد ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى لتشمل بالاضافة إلى المهندس المعمارى والمقاول الأصلى ومقاول البناء من الباطن وذلك لتأكيد حماية رب العمل، وخاصة أن معظم عمليات التشييد فى العصر الحالى ، إنما تتم عن طريق مقاول البناء من الباطن[1]، وبالتالي سيكون لذلك أعظم فائده لأنها ستدفع مقاول البناء من الباطن إلى الدقة والأمانه فى عمله اذا ماعلم بمسئولية عن هذا العمل مسئولية خاصة ، بعكس ما هو حادث لأن فمعظم المبانى التى تهدمت نجد أن وراءها مقاول بناء من الباطن ، لأنه لم يكن حريصاً على أداء عمله بالدقة والأمانة وذلك لعدم تحقق مسئوليتة عن هذا العمل حيث تنتهى مسئوليتة بمجرد تسليم العمل للمقاول الأصلى وقبوله منه ولن يستطيع الرجوع عليه الإطبقا للقواعد العامه .

– وعلى ذلك نجد ان تطبيق المسئولية الخاصة على مقاول البناء من الباطن سوف تحصر حالات الغش فى البناء بهدف تحقيق اكبر ربح ممكن من قبل المقاول من الباطن عندما يستشعر بالمسئولية الخاصة تجاه المقاول الأصلى، رب العمل ونرى ان تعديل النص الخاص بالمسئوليه العشريه لتطبيقه على مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الاصلى يجب أن ينص على التضامن فيما بينهما وذلك حتى لا يؤدى تطبيقه على مقاول البناء من

(1) Neger (R) : De la garantie décennele imposée par la lai aux architectes et aux entrepreneurs p.43 these montpellier 1936 .

البـاطن دون تضـامن بينهـمـا الى ركـون المقـاول البناء الأصلى الى تلك المسئولية دون الاهتمام بسلامة البناء فيكون همه التجاره والكسب دون تحمل المسئوليه التى تلقى على عاتق المنفذ وهو مقاول البناء من الباطن هنا.

وأمام تلك الاعتبارات التى أشرنا اليها سابقا نجد أن هناك اتجاها فى الفقه الفرنسى يرى اخضاع مقاول البناء من الباطن متضامنا مع المقاول الاصلى تجاه رب العمل [١] لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين [٢]، وذلك قياسا على فعل المشرع الفرنسى بالنسبة للصانع ومن فى حكمه (م ١٧٩٢ - ٤ مدنى فرنسى).

---

(١) بيجو ، مرجع سابق ، بند ٦٠،

Taffo (R) : le rapports entre le sous Traitant , le maitre de l' auv-rage et l'entrepreneur . principal dans l'ordre interne Francais et dous les retatiens internationals " P. 210 - 220 These Paris 1981 .

(٢) انظر بودرى وفال ، (Droit civit) ج٢ بند ٣٩١٨ - ريمون نيجر ، مرجع سابق بند ١٤ص ٣٣ . وهذا هو الاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء البلجيكى انظر فى ذلك

Delvaux : Traire juridique des Batisseurs " 2 ed 1968 - No 436 . P. 665 .

الفصل الثاني
نطاق مسئولية مقاول البناء من الباطن
تجاه صاحب البناء الأصلى (رب العمل الأصلي)

١٢٨- إن العلاقة بين صاحب العمل الأصلى (رب العمل) ومقاول البناء من الباطن ليست علاقة عقدية ، كماهو الحال فى علاقته بمقاول البناء الأصلى والمهندس المعمارى ، ولهذا يعتبر رب العمل بالنسبة لمقاول البناء من الباطن من الغير ولاتقوم مسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل إلا على أساس المسئوليية التقصيرية فهى مبنية على خطأ مفترض ، ولهذا لاتقع على مقاول البناء من الباطن مسئولية تجاه رب العمل سوى فى نطاق اخلاله بالواجب العام الذى يفرضه المجتمع ، وهو احترام حق رب العمل ، فإذا ما أخل مقاول البناء من الباطن بهذا الواجب العام ، فإنه يسأل تجاه رب العمل على أساس المسئولية التقصيرية .

والبحث فى نطاق هذا الواجب العام الذى يقع على عاتق مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل يجعلنا نبحث فى مدى مسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل فى حالتين :

الأولى – مسئولية مقاول البناء من الباطن عن عدم تنفيذ العقد من الباطن

الثانية – مسئوليته عن الاضرارالتى تلحق برب العمل خارج نطاق العقد من الباطن وذلك فى مبحثين :

المبحث الأول

مسئولية مقاول البناء من الباطن

تجاه رب العمل عن عدم تنفيذ عقد مقاول البناء من الباطن

١٢٩- نود أن نشير فى البداية إلى حقيقة بديهيه وهى أن مقاول البناء من الباطن ليس طرفاً فى عقد مقاول البناء الأصلى الذى ينعقد بين مقاول البناء الأصلى ورب العمل ، وبالتالى فليس مسئولا عن أحكامه تجاه رب العمل ، وانما اذا أخل بالواجب العام - كما ذكرنا سابقا - الذى يتمثل فى حقوق رب العمل المتولدة من العقد الأصلى ، فإنه يسأل عن هذا الاخلال فى نطاق المسئولية التقصيرية ، وهنايجب على رب العمل أن يثبت الخطأ التقصيرى لمقاول البناء من الباطن ، وهذا لايمنع من قيام رب العمل بالرجوع على مقاول البناء الأصلى ، على أساس المسئولية العقدية على اعتبار أن مقاول البناء الأصلى مسئولا عن أعمال مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل (م ٢/٦٦١ مدنى مصري) ، اذ لرب العمل هنا الخيره فى الرجوع بإحدى المسئوليتين العقدية على مقاول البناء الأصلى أو التقصيرية على مقاول البناء من الباطن ، ولكن ليس له أن يجمع بين المسئوليتين ، فإذا سلك فى دعواه المسئولية العقدية فخسرهافليس له أن يرجع بالدعوى الأخرى ، وليس له أن يختار من بين شروط المسئوليَتين مايحقق مصلحته ، وأن البعض [1] يرى أن رب العمل ليس له الخيار فى دعواه وإنما يرجع فقط على مقاول البناءالأصلى وليس مقاول البناء من الباطن على أساس

---

(١) انظر فى هذا الرأى د. مصطفى عبد السيد الجارحى ، مرجع سابق ، ص ١١٥

المسئولية العقدية لأنه لم يعرف المدين الا عن طريق العقد الأصلى ، فكل علاقة تقوم بينهمابسبب هذا العقد يجب أن يحكمها العقد وحده ، وعلى ذلك اذا اخل مقاول البناء من الباطن بالتزامه بمقتضى عقد المقاولة من الباطن ، فإن رب العمل يرجع على المقاول الأصلى بمقتضى المسئولية العقدية على اعتبار أنه مسئول قانونا عن أخطاء مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل ، وبالتالى ليس له أن يرجع على مقاول البناء من الباطن بدعوى المسئولية التقصيرية ،. فلايجوزالتمييز فى فعلهم بين خطأ عقدى محض وخطأ تقصيرى مادامت المسئولية قائمة عن عدم التنفيذ .

ولكننا نرى : أنه ليس هناك مايمنع من رجوع رب العمل على مقاول البناء من الباطن استنادا الى المسئولية التقصيرية ، على اعتبار أنه من الغير بالنسبة له ، ولاختلاف شخص المدين فى المسئولية العقدية عنه فى المسئولية التقصيرية فالمدين فى المسئولية العقدية هو مقاول البناء الأصلى ، وفى المسئولية التقصيرية هو مقاول البناء من الباطن .

١٣٠- وتقوم مسئولية مقاول البناء الأصلى عن أعمال مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل على أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وقد قام خلاف حول فكرة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، ويرجع هذا الخلاف إلى خلو التقنين المدنى فى مصر وفرنسا من نص يقرر صراحة القاعدة العامة فى مسئولية المدين عن اخطاءالاشخاص الذين استخدمهم ، كبدلاءعنه (مثل مقاول البناء من الباطن) أو كمساعدين له فى تنفيذ

التزاماته الناشئة عن العقد (مثل عمال مقاول البناء الأصلي) ، اذ يقتصر الأمر على بعض النصوص المتفرقة التى تتناول هذه المسئوليات اما بطريق غير مباشر (١) ، وإما بطريق مباشر ولكن فى حالات معينة أى بالنسبة لبعض العقود فقط (٢) .

– هذا وقد استقر القضاء الفرنسى (٣) على مسئولية المدين (مقاول البناءالاصلي) العقدية عن فعل الغير (مقاول البناء من الباطن) تجاه رب العمل بالرغم من تمتعه بالاستقلال فى ممارسة عمله

---

(١) جاء فى المادة (٢/٢١٧ مدنى مصري) على أنه " ... يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من اشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه " ،، ويرى الاستاذ الدكتور/ عبد الرازق السنهورى : أن مبدأ المسئولية العقدية عن الغير يستخلص ضمنا من هذا النص ، فجوازالاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية عن الخطأ الذى يقع من الاشخاص الذى يستخدمهم فى تنفيذ التزامه يعنى ان المدين يسأل بحسب الأصل عن خطأ هؤلاء الاشخاص (الوسيط ج١ ط٢ عام ١٩٦٤ فقره ٤١٢ ص ٧٤٩) .

– وعكس ذلك : د/ محمود جمال الدين زكى ـ الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ط٣ عام ١٩٧٨ فقره ١٩٩ ص ٣٨٢ حيث يقول :" ليس لهذا الاستنتاج صفة ضمنية اذ يمكن القول بأن المادة ٢/٢١٧ مدنى مصرى تجيز الاتفاق على رفع مسئولية المدين عن اخطاء مساعديه عندما تقوم مسئوليته عنهم ، ولاتفيد بالضرورة قيام المبدأ فى المسئولية العقدية عن فعل الغير) .

(٢) انظر على سبيل المثال ٢/٦٦١ مدنى مصرى ، المادة الأولى من القانون ٧٥/١٣٣٤ الصادر فى فرنسا بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١ فى خصوص المقاول من الباطن والتى تقرر مسئولية المقاول الأصلى قبل رب العمل عن أعمال المقاول من الباطن .

(٣) وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية فى حكم حديث لها بتاريخ ١٩٨٠/٢/٢٧ (مجلة الاسبوع القانوني) ١٩٨٠-١٩٨٤ حيث قضت بأن " المسئولية العقدية عن فعل الغير لايقتضى قيامها وجود علاقه تبعية بين المدين والشخص الذى عهد اليه هذا المدين بتنفيذ التزامه تجاه الدائن ".

(Auxiliaira Independant) أى لايخضع لاشراف وتوجيه مقاول البناء الأصلى .

أما الفقه الفرنسى : فقد اختلف حول اساس مسئولية مقاول البناء الأصلى عن أفعال مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل بين رافض لقيام المسئولية عن فعل الغير على أساس المسئولية العقدية [١] ومؤيد لهذا الأساس [٢] .

ولكن هناك شبه اجماع فى الفقه سواء فى فرنسا [٣] أو فى مصر [٤]

---

(١) انظر فى رفض ذلك :

R.Rodiere, Yat-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui? D. 1952, Chron, p.29 ets.

(٢) انظر فى تأييد ذلك :

En. Martine, ~"L'opleon entre la responsabilité contractualle et la responsabilite delictuelle, these, caen, 1955, p. et.s.

وانظر د. جمال الدين زكى - مشكلات المسئولية المدنية ، ج١ ، القاهرة ، ١٩٧٨ فقره (٩٥) ص٤٧ حيث يقول :" تكون مسئولية المدين عن الاخلال بالالتزامات العقدية فى كل الاحوال مسئولية شخصية سواء عمل الى تنفيذها بنفسه أو استعان فى تنفيذها بغيرة ، ولاتوجد تبعا لهذا مسئولية عقدية عن فعل الغير ، **وانظر فى تعديل** رأيه فى مؤلفه الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ط ٣ فقره (١٩٩) ص ٣٨٢ حيث يقول :" ليس معنى كل ماقدمنا أن تظل المسئولية العقدية للمدين عن اخطاء مساعديه محل شك فى القانون المصرى بل نرى قيامها على أساس المبادئ العامة فى المسئولية العقدية بغير حاجة الى تأسيسها على نظريات قانونية قياسا على النصوص .

(٣) انظر على سبيل المثال :

- Becque (E):" Dela responsabilité dufait d'autrui en matiere contractuelle, Rev, trim, dr. cev, 1914, p.260 ets.
- Mazeaud (H.et L)_ et tunc (A):" Traite théorique et pratique de la responsabilité civil, T. 1, be, No.990, p. 1044 ets.
- Baumet (G): La responsabilite contractuelle du fait d'autrui, these, Nice, 1974, No. 198 ets p. 249 ets.

=

على أن خلو التشريع من نص صريح يقرر القاعدة العامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير لايمنع من الاعتراف بوجود هذه القاعدة ، فالمدين (مقاول البناء الأصلي) بالتزام عقدى يسأل بمقتضى العقد عن أخطاء الاشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه (١) (مقاول البناء من الباطن مثلا) ، ويكفى لقيام هذه المسئولية وقوع اخلال بالالتزام الناشئ عن العقد ينسب إلى أى من هؤلاء الاشخاص ، ولو لم ينسب الى المدين نفسه (مقاول البناء الأصلي) أى خطأ شخصى ، ولا أهميته بعد ذلك لما اذا كان الشخص الذى استخدمه المدين فى تنفيذ التزامه بعمل لدى هذا الأخير بصفة دائمة أم عرضية ، وما اذا كان يؤدى هذا العمل على سبيل التبرع أم يتقاضى

=

- Viney (G): Traite de droit civil, les obligations, la responsabilite conditions L.G.D.J., 1982 No.813 ets, p. 906 ets, et l.es auteurs ciles p. 907 note 3.

= (٤) انظر د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢ ، ط ١٩٦٧ فقرة (٣١٩) ص ٣٦٤ ، د. محمود جمال زكى ، الوجيرز فى النظرية العامة للالتزام فقرة (١٩٩) ص ٣٨٢ ط٣ سنه ١٩٧٨ ، د. عبد الرشيد مأمون ، المسئولية العقدية عن فعل الغير - مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٦ ص ٣ ومابعدها ، د. عبد المنعم فرج الصدر ، مصادر الالتزام ، ط ١٩٦٠ فقره ٣١١ ص ٣٥٢ ، د. عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ، ج١ ط٢ عام ١٩٦٤ فقره ٤٣٢ ص ٧٤٩ .

(١) انظر فى تاكيد هذا المعنى

- R Savatier :" Traite de la responsabilité civile, T 1,2 ed, 1951 No. 159, p. 202 qui écrite: le debiteur d'un engagement contractuelle. s'il charge un prepose de l'executer, repond contractuellement du fait de celui-ci

عكس ذلك : روديير Radiere

- R. Radiere, ya-t il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui? D. 1952, Chron p.80 No.3

حيث يقول Les debiteurs contractuels ne sont pas, en droit francais , responsables du fait de ceux qu'iols associent a' Lexecution de leurs obligations.

أجرا لقاء ذلك [١] ، أم يعمل تحت إشرافه (عمال المقاول الأصلي) أم مستقلا عنه (مثل مقاول البناء من الباطن) ، وذلك لأن الضرورات الاقتصادية المعاصرة تقتضى ذلك [٢] .

١٣١- هذا ولاتطبق المسئولية الخاصة التى نص عليها المشرع بالنسبة للمقاول الاصلى والمهندس المعمارى تجاه رب العمل على مقاول البناء من الباطن - وان كنا نرى أنه يجب ان يعدل المشرع النص لكى تنطبق على مقاول البناء من الباطن حماية لرب العمل كما ذكرنا من قبل [٣]، ولذا لايمكن القول بأن هناك تضامن فى المسئولية بين مقاول البناء الأصلى ومقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل قياسا على تضامن المقاول الأصلى والمهندس المعمارى فى المسئولية تجاه رب العمل ، وكذلك لايصح أن يكون مقاول البناء من الباطن كفيلا لمقاول البناء الأصلي، لأن الكفالة

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

- E. Becque, Art, Prec., p. 290

(٢) انظر على سبيل المثال :

- L. Ségur, : " La notion de faute contracleuelle en droit civil franyais, These Bordeaux 1954, p.115, om ne peut nier que les considérations economiques militent imperoieusement en faveur de la reconnaissance du principe de la responsabilité du fait d'autrui ".
- H.et L. Mazeaud et tunc, Op.Cit., T, 1.6e ed, No., 979, p. 1041.
- E. Becque art, Prece, p. 282.

وانظر فى الفقه المصرى : د. عبد الرشيد مأمون ، مرجع سابق ، فقره ٤٦ ص ٧٣ ، ٧٤

(٣) انظر فى هذا البحث رأينا فى هذه المسألة " الباب الثالث - الفصل الأول ، ص ١٦٥ ومابعدها تحت عنوان " اقتراح بتطبيق المسئولية الخاصه للمعمارين على مقاول البناء من الباطن " بند ١١٩ ومابعده .

لاتجوز إلا باتفاق رب العمل والكفيل أى مقاول البناء من الباطن ، وهنا نكون امام علاقة مباشرة بين مقاول البناء من الباطن ، ورب العمل وبالتالى سنكون أمام حالة تعدد المقاولين .

١٣٢- ذكرنا أن مقاول البناء من الباطن لاتكون له علاقة مباشرة برب العمل ، وانما يسأل عن تنفيذ عقد المقاولة من الباطن تجاه المقاول الأصلى ، على أساس المسئولية العقدية ، ولايسأل عن عدم تنفيذه أمام رب العمل لأنه من الغير .

ولكن نتسآل هل تنقطع بذلك كل صلة بين رب العمل ومقاول البناء من الباطن عند اخلاله بالتزامه فى تنفيذ عقد المقاولة من الباطن ؟

- فى الاجابة على هذا التساؤل نجد ان المشرع قد أعطى الدائنين (رب العمل) بعض الوسائل للحفاظ على حقوقهم وبالتالى حقوق مدينهم قبل الغير منها " دعاوى الضمان" ، وعلى اعتبار أن رب العمل دائن للمقاول الأصلى وهو فى نفس الوقت دائن لمقاول البناء من الباطن ، فيستطيع أن يستعمل الدعوى الغير مباشرة بأن يرفع باسم مدنية " مقاول البناء الأصلي" دعوى يطالب فيها مقاول البناء من الباطن بتنفيذ التزامه بمقتضى عقد مقاولة البناء من الباطن .

ورب العمل هنا وان كان يستند فى دعواه الغير مباشرة على مقاول البناء من الباطن الى العلاقة العقدية بينه وبين مقاول البناء الأصلى ، الا ان دعواه ضد مقاول البناء من الباطن انما يكون أساسها المسئولية التقصيرية

، ولذا يجب أن يثبت ارتكاب مقاول البناء من الباطن لخطأ سبب له ضرر يتمثل فى عدم تنفيذ مقاول البناء الأصلى لالتزامه فى الموعد المحدد نتيجة خطأ مقاول البناء من الباطن بعدم تنفيذ التزامه تجاه مقاول البناء الأصلى .

وهنا نجد أن رب العمل يتمسك فى مواجهة مقاول البناء من الباطن بالخطأ العقدى (على اعتبار العلاقة العقدية بين مقاول البناء الأصلى ومقاول البناء من الباطن) كخطأ تقصيرى (على اعتبار العلاقة الغير مباشرة بينه وبين مقاول البناء من الباطن) ، ولايعتبر ذلك تعارضا بين مبدأ نسبية آثار العقد ، وبين أمكان تمسك الغير بالخطأ العقدى كخطأ تقصيرى ، لأن رب العمل هنا يتمسك بعقد مقاول البناء من الباطن باعتباره واقعة وليس تصرفا قانونيا(١) .

وهنا فإن مايسأل عنه مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل ليس الخطأ العقدى وانما هو الخطأ التقصيرى الذى يقوم بين وقائعه الاخلال بالتزام عقد سابق ولايشكل الاخلال بالعقد هنا كل عناصر الخطأ التقصيرى بل تتوافر بالاضافه الى ذلك الخطأ التقصيرى العام(٢) .

ولذا فانه عند البحث عن الخطأ التقصيرى اثناءالتنفيذ لايمكن اغفال

---

(١) انظر :

- Bric Mont(Georges)" La responsabilité des architectes et entrepreneur en droit belge en endroit franyais 2ed, p. 169, No.157, 1965.
- Civ 30/5/1969 J.C.P. 1970 -2-16443 et note L.V. Eaux.
- Neret (Jean) " Le sous-contrat No., 377

(٢) انظر : د. مصطفى الجارحى ، مرجع سابق ، ص ١١٦ ومابعدها

وجود العقد الذى يستند اليه فى القيام بالاعمال العديدة والتى يسلك فيها مقاول البناء من الباطن مسلك الرجل العادى سواء فى تنفيذ الاعمال أو حراسته للاشياء وكأنه يقوم بالعمل لحسابه ، لأنه بالنسبة للغير (رب العمل) لا أهمية لحساب من يقوم بتلك الاعمال ، فاذا كان يحتج بالعقد كوضع قانونى نافذ فى مواجهة الغير لكى يتحمل مسئوليته التقصيرية اذا ارتكب خطأ منع مقاول البناء من تنفيذ التزامه العقدي[١] ، فلابد فى المقابل أن يكون للغير (ربّ العمل) الحق فى التمسك بالعقد كوضع قانونى قائم (ولايمنع مبدأ نسبته أثر العقد من إطلاق نفاذه بحيث يفترض على الكافه الاعتراف بالأثر الذى ولده بين طرفيه ، كما يجوز لهم التمسك فى مواجهه طرفيه بالأثر الذى ولده ، ولكن لايجوز لأحد المتعاقدين ان يطلب إلى أحد منهم تنفيذ التزام ناشئ عنه كما لايجوز لأحد منهم أن يطالب أحد المتعاقدين بأن ينفذ لمصلحته خطأ ينشأ عنه) (٢) .

١٣٣- هذا ولايحق لرب العمل أن يستعمل الدعوى المباشرة تجاه مقاول البناء من الباطن لأن هذه الدعوى أورد المشرع حالاتها على سبيل الحصر ، وليس من بينها حق رب العمل فى استعمالها تجاه مقاول البناء من الباطن بالرغم من أنه نص على حق المقاولين من الباطن ومنهم مقاول البناء من الباطن فى استعمال الدعوى المباشرة تجاه رب العمل - وهذا ماسنتناوله فيما بعد[٣] - وان كنا نرى أنه يجب على المشرع أن يعطى هذا

---

(١) انظر د. محمود جمال الدين زكى ، مرجع سابق ، ط ٣ ، ١٩٧٨ ص ٢٩٨ .

(٢) انظر د. محمود جمال الدين زكى ، مرجع اسبق ، ص ٢٨٧ .

(٣) انظر فى هذا البحث الباب الثالث - الفصل الثالث ص ٢٠٥ ومابعدها.

الحق لرب العمل تجاه مقاول البناء من الباطن لأنه صاحب المصلحة الحقيقية فى تنفيذ عقد المقاولة من الباطن ، وخاصه أنه اشترط لاستعمال الدعوى المباشرة بواسطة مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل – كماسنرى – ضرورة تنفيذ العمل .

ويستطيع رب العمل أن يستعمل الدعوى المباشرة تجاه مقاول البناء من الباطن وذلك اذا كان مقاول البناء من الباطن فى موقف المتعهد كأن يتعهد للمقاول الأصلى بأن يقوم بالعمل لمصلحة رب العمل ففى هذه الحالة يكون لرب العمل أن يستعمل الدعوى المباشرة تجاه مقاول البناء من الباطن بصفته متعهدا ، ويحتفظ فى الوقت ذاته بحق الرجوع على المقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة[١] .

١٣٤– انتقال دعوى المسئولية التقصيرية الى الخلف الخاص لرب العمل:

يثور التساؤل عن علاقة الخلف الخاص لرب العمل بمقاول البناء من الباطن . فهل تثبت دعوى المسئولية التقصيرية التى لرب العمل لخلفه الخاص ؟

المقصود بالخلف الخاص هنا هو الذى آلت اليه ملكية البناء محل عقد المقاولة من الباطن من رب العمل (المالك) ، وبداية نقول أن القضاء [٢]

---

(١) انظر بلانيول وريبر ورواست ، العقود المدنية ج١١ فقره ٩٣٩ باريس ١٩٥٤ .

(٢) انظر :

- Civ. 26/2/1963 Bul-Civ p. 106 No.122: Civ. 28/11/1967 D. ==

والفقه[١] الفرنسى ذهب الى القول بأن دعوى الضمان الخاص التى لرب العمل تجاه المقاول الأصلى تنتقل الى هذا الخلف فى الوقت الذى تنتقل فيه الملكية ، ولاشئ يحول دون الأخذ بهذا فى مصر وذلك استنادا الى المادة ١٤٦ مدنى مصرى لأن دعوى الضمان هذه من مستلزمات البناء الذى آلت ملكيته الى الخلف الخاص .

كل مافى الأمر أنه يبدو أن نص المادة ٦٥١ مدنى يمكن أن يحد فى مصر من مزية هذا الانتقال بالنسبة للخلف الخاص مادام قد أجاز ضمنا أن يصير الاتفاق بين رب العمل والمقاول الأصلى على اقامة منشآت لاتدوم لمدة عشر سنوات حتى يمكن للمشيد فى هذه الحالة أن يدفع بمثل هذا الاتفاق عند رجوع الخلف عليه بدعوى الضمان العشري[٢] .

ولكن دعوى الضمان العشرى لاتحرم الخلف الخاص (المشتري) من

1968-1623, R.T. 1968-391 et abs. Cornu, Ciuv. 23/3/1978 D. ==
1970-662 et note JESTAZ, Viv. 31/1/1969 J.C.P. 1969-2-15866663 et note L.Veaux, C.E. 6/11/1961 A. J.D.A 1961-2-517. Civ. 12/11/1974 Bul. Civ. 1974 P.312 No. 407. Civ. 28/10/1975 Bul. Civ. 1975 OP., 235 No. 311, Civ. 22/.2/1978 Bul. Civ. 1978 p. 73 No. 93

(١) أنظر

- Soinne (Bernard: "La responsabilité des architectes et des entrepreneurs apres la rèception des travaux thèse lille 1968 No. 921 et 5 .
- Labin (J. Edourd): La responsabilité des architectes et son assurance. Threse paris. p., 265.
- Bouybli (Bernard): Le point de la juris prudence sur la responsabilité des architectes de des entrepre neurs Jc.P. 1975-1-doct 2721 No.27

(٢) انظر د. محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ٤١٤ ومابعدها بند ٤٠٠ .

الرجوع على البائع (المالك) بدعوى ضمان العيب طبقا للقواعد العامة [١]، ويبقى له هذا الحق فى حين أنه لايستطيع الحصول على تعويض عن ذلك مرتين : ذلك من البائع وأخرى من المقاول[٢] .

والخلف الخاص فى علاقته بمقاول البناء من الباطن لايكون طرفا فى عقد المقاولة من الباطن وبالتالى فإن رجوعه على مقاول البناء من الباطن يكون بالدعوى التى يملكها سلفه وهو (رب العمل) أى لايملك أكثر مما يملك تجاه مقاول البناء من الباطن وهى دعوى المسئولية التقصيرية على اعتبار انها من مستلزمات البناء الذى آلت ملكيته الى الخلف الخاص (المشتري) .

هذا ورجوع الخلف الخاص على مقاول البناء من الباطن استنادا الى المسئولية التقصيرية لايمنع من رجوعه على رب العمل (البائع) بدعوى ضمان العيوب الخفية ، إذ له الخيار بينهما .

ولكن هل للخلف الخاص الخيار بين دعوى المسئولية التقصيرية ضد مقاول البناء من الباطن ، دعوى الضمان العشرى ضد المقاول الأصلى ؟

البعض يرى أنه ليس له الخيرة إنما يكون له أن يرجع بالمسئولية الخاصة لأن أساسها المسئولية العقدية ، وأن مركزه من مركزسلفه حيث عدم جواز الخيرة وليس من المنطقى أن يكون للخلف من الحقوق أكثر من سلفه [٣].

(1) Mazeaud H.L.J.) Trait theorique et pratique de la responsabilité deliciuelle et contractuelle T.2,6, 1970, p.67. No.1070-4
- Jestaz (Ph) : Lers malfocons de l'immeuble : par qui et a qui la garantie ewst-elle-due? G P. 1969-2 doet p. 230.

(2) Mazeaud (H.L.J.) 1970 p. 67 No. 1070

(3) V. Caston :Pi, 173 No. 365, Labini P. 180

ولكننا مع الرأى الذى يرى أنه يمكن التنازل عن دعوى الضمان العشرى فتكون له دعوى المسئولية التقصيرية لأن الضمان العشرى فى انتقاله الى الخلف الخاص انما تأسس على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير فى معنى أن رب العمل حين تعاقد مع المقاول قد اشترط عليه هذا الضمان لمصلحة من ستؤول اليه ملكية البناء فى المستقبل ، وللخلف الخاص كمستفيد من هذا الاشتراط أن يرفضه أو يتنازل عنه طبقا للقواعد العامة ، ومن ثم له أن يرجع على مقاول البناء من الباطن بالمسئولية التقصيرية ، استنادا الى مخالفة مقاول البناء من الباطن للواجب القانونى العام بالتزام الحيطة والحذر لعدم الاضرار بالغير[١] .

١٣٥- ولكن ايا كانت صلة الخطأ التقصيرى بالتزامات مقاول البناء من الباطن العقدية إلا أنه ليس من تلازم ضرورى بينهما ، فاستعمال مقاول البناء من الباطن - على سبيل المثال - لمواد مخالفة للمواصفات المحددة بالصفقة ، إذا كان يعتبر خطأ عقدى يمكن أن يستثير مسئوليته العقدية تجاه المقاول الأصلى ، فقد لايحسب عليه خطأ تقصيريا تجاه رب العمل ، إذا لم يكن قد أثر على سلامة المبنى ، ولم يكن بالتالى هو السبب فى الضرر الذى أصاب الغير (رب العمل) ، فى حين يكون العكس - مخطئا تقصيريا ومن ثم مسئولا ولايكون هناك خطأ عقدى ، أى يرتكب مقاول البناء من الباطن خطأ تجاه الغير خارج نطاق تنفيذ العقد وهو ماسوف نوضحه فى المبحث التالى .

---

(1) V. Soinnet. 1 P. 203

انظر د. محمد شكرى ، مرجع سابق ، بند ٤٠٧ ص ٤١٩ ومابعدها .

المبحث الثاني
مسئولية مقاول البناء من الباطن عن الخطأ
غير العقدى (المستقل عن عدم التنفيذ)

١٣٦- قد يرتكب مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل (صاحب البناء الأصلي) خطأ بعيدا عن مسئوليته العقدية أى مستقلا عن عدم تنفيذ العقد ، ويترتب عليه ضررا برب العمل الأمر الذى يترتب عليه المسئولية التقصيرية لمقاول البناء من الباطن ، كأن يذهب صاحب البناء الأصلى الى مقاول البناء من الباطن فى المبنى وتحدث بينهم مشاجرة أو حدث ضرر لحق بالجار ليس مخالفة للقوانين واللوائح[١]، فالاضرار التى تلحق برب العمل والجار والتى تكون خارج مجال تنفيذ عقد المقاولة من الباطن قد تحدث أثناء التنفيذ أو بعد انتهاء التنفيذ والتسليم ، فاذا مالحقت الاضرار بالغير فى مرحلة التنفيذ ، كان مقاول البناء من الباطن حارسا ، وبالتالى يحق لرب العمل (صاحب البناء الأصلي) المضرور أن يرجع على مقاول البناء من الباطن بالتعويض على اعتبار أنه حارس للبناء بموجب المسئولية التقصيرية- نظرا لعدم وجود رابطة عقدية بين رب العمل ومقاول البناء من الباطن[٢] - الناجمة عن حراسة البناء وهى تقوم على اساس فكرة الخطأ المفترض أى دون حاجة الى اثبات خطأ فى جانبه (م ١٧٧ مدني) ويحق لرب العمل المضرور أيضا أن يرجع على المقاول الأصلى على اعتبار انه رب

---

(١) انظر السنهورى ، الوسيط ، ج٧ ص ١٦٥ بند ٧٠ - بودرى وفال ، مرجع سابق ، ج٢ فقره ٢٩٦٧، وفقره ٢٩٦٩

(٢) انظر محمد لبيب ، مرجع سابق ، بند ١٢٣ ص ١٤٨

العمل بالنسبة لمقاول البناء من الباطن بشرط أنه يثبت فى جانب المقاول من الباطن الخطأ الذى تقوم عليه المسئولية التقصيريةوفقا للقواعد العامة (١) .

أما اذا حدثت المسئولية بعد انتهاء التنفيذ والتسليم لمقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) فتثور المسئولية التقصيرية بالنسبة للغير(رب العمل) وخلفه الخاص ، حيث يرجع بالمسئولية على مقاول البناء الأصلى باعتباره حارسا للعين على اعتبار أنه لم يقم بعد بتسليمه الى رب العمل ، وتخضع المسئولية هنا للقواعد العامة ، ولاتخضع للضمان العشرى ، لأن الخطأ هنا خارج نطاق الالتزام العقدي ، وللغير (رب العمل) أن يرجع هنا بالمسئولية على مقاول البناء من الباطن استنادا الى المسئولية التقصرية .

١٣٧- وتتقادم دعوى رب العمل تجاه مقاول البناء من الباطن بمضى ثلاث سنوات من تاريخ علم رب العمل بالضرر الذى لحق به وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط فى كل حال ، بمضى خمس عشرة سنه من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١/١٧٢ مدنى مصري) .

هذا ويحق لرب العمل ان يرجع على مقاول البناء من الباطن بدعوى المسئولية التقصيرية اذا لم تكن قد سقطت بالتقادم ولاعبره بتاريخ التسليم فى حساب مده سقوط تلك الدعوى على اعتبار أن مقاول البناء من الباطن أجنبى عن التسليم(٢) .

---

(١) استئناف مختلط ٨ نوفمبر ١٩٣٤ ، بلبنان ٤٨٩-٢٠ .

(٢) انظر السنهورى ، مرجع سابق ، ص ١٦٥ - ١٦٦ ، هامش (٣) .

١٣٨- ولايجوز لرب العمل أن يرجع بدعوى المسئولية التقصيرية على المقاول الأصلى الخاضع للضمان العشرى ، سواء قبل انقضاء مدة العشر سنوات أو بعد انقضائها ، لأن لايجوز الجمع بين المسئوليتين العقدية ، التقصيرية ، كما يجوز للغير الرجوع بدعوى المسئولية التقصيرية وطالما أنه لم يمض خمس عشرة سنه على ارتكاب الخطأ ، وعدم استطاعة رب العمل ذلك ، والنتيجة الغريبة للضمان العشرى أنه بينما لايكون لرب العمل الرجوع على المقاول الأصلى بدعوى المسئولية التقصيرية يكون له ذلك بالنسبة لمقاول البناء من الباطن أى يحق له ان يرجع عليه بدعوى المسئولية التقصيرية فى أى وقت طالما أن مدة تقادم الدعوى لم تنقضى بمضى ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالضرر أو بمضى خمس عشرة سنه من تاريخ ارتكاب الخطأ .

الفصل الثالث
الضمانات المقرره لمقاول البناء
من الباطن تجاه رب العمل الأصلى

تمهيد

١٣٩ - اعطى المشرع المصرى والفرنسى ضمانات للمقاولين من الباطن ومنهم بالطبع مقاول البناء من الباطن - فى مواجهة رب العمل بمقتضى النص القانونى عندما جعل للمقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلى دعوى مباشره ضد رب العمل للمطالبة بحقوق مدينه (المقاول الأصلى) لدى رب العمل ، فالمقاول الأصلى يمثل علاقه وسيطة بين رب العمل ومقاول البناء من الباطن فهو دائن لرب العمل ، ومدين فى نفس الوقت لمقاول البناء من الباطن ، وحفاظاً على حقوقه أعطى له المشرع كما أعطى لباقى المقاولين من الباطن الحماية من خلال النص على أحقيته فى رفع الدعوى المباشره تجاه رب العمل للمطالبه بحقوق مدينه (المقاول الأصلى ، وخاصة أن استعماله الدعوى غير المباشره (م ٢٣٥ مدنى مصرى) ، والمقرره للمحافظة على الضمان العام - على اعتبار أن أموال المدين جميعها ضامنه الوفاء بديونه (م ٢٣٤ /١ مدنى مصرى) - لا تفى بالحماية المطلوبه لأن استعمال مقاول البناء من الباطن للدعوى غير المباشره والتى يرفعها باسم المقاول الأصلى ويطالب فيها بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى لا تحميه من مشاركة باقى الدائنين له فى هذه الأموال لأنها تدخل إلى ذمة المقاول الأصلى ، وبالتالى فى الضمان العام

حيث يزاحم دائنو المقاول الأصلى مقاول البناء من الباطن فى أقتسام هذه الأموال قسمة غرماء – على اعتبار أن جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له حق التقدم طبقا للقانون (م ٢٣٤ / ٢ مدنى مصرى) – وبالتالى لن يستطيع مقاول البناء من الباطن بالدعوى غير المباشرة أن يستأثر وحده بحقوق المقاول الأصلى عند رب العمل ، ومن أجل هذا نجد أن المادة ٦٦٢ مدنى مصرى والماده ١٧٩٨ فرنسى [١] تعطى للمقاول من الباطن ومنهم مقاول البناء من الباطن وعماله الدعوى المباشره [٢] ، وحق امتياز يجنبانهم مزاحمة دائنى مقاول البناء الأصلى .

– هذا وسوف نوضح مفهوم الدعوى المباشرة وآثارها على الوجه الآتى:

---

(١) التقنين المدنى الفرنسى فى الماده ١٧٩٨ ليس صريحاً فى أعطاء الدعوى المباشره اعمال المقاول ، ولكن الفقه الفرنسى يذهب فى تفسيره للماده ١٧٩٨ مدنى فرنسى بأنها تعطى لعمال المقاول دعوى مباشره ، بل وتعطيها أيضاً لصغار المقاولين من الباطن الذين يعملون بأيديهم ٠أنظر بودرى وفال ، مرجع سابق ، ج ، فقرة ٤٠٢٨ – بلاينول وبولانجيه ، ج قفرة ٣٠١٢) وذهب القضاء الفرنسى إلى الأخذ بهذا الرأى (دوليه ١٣/ ٤ / ١٨٨٣ سيريد ٣٣ – ٢ – ٥٣٦ ، ليون ٢١ / ١ / ١٨٤٦ سيريه ٤٦ – ٢ – ٢٦٢) وقد أزال قانون العمل الفرنسى هذا الشك عندما نص فى الماده (٤٧) من الجزء الأول منه صرامة بوجود هذه الدعوى لصالح البنائين والنجارين وغيرهم من العمال بالشروط المقرره فى المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى .

(٢) لو أقتصر القانون على الدعوى غير المباشره التى يزاحم فيها سائر دائنى المقاول الأصلى . فإن هذه الدعوى تكون غير مجدية، فالمقاول من الباطن والعمال لا يرجعون على رب العمل عادة إلا اذا كان المقاول الأصلى معسراً فمزاحمة دائنيه لمقاول البناء من الباطن وعماله تنقص كثيراً من قيمة رجوع هؤلاء الأخرين على رب العمل (انظر السنهورى ، مرجع سابق صـ ٢٨٤ هامش (١) – كولان كابيتان ورى لامور اندبير فقره ١١٠٩ – بودرى وفال ، مرجع سابق ، فقرخه ٤٠٢٧.

المبحث الأول
مفهوم الدعوى المباشرة لمقاول البناء
من الباطن تجاه رب العمل

تمهيد

١٤٠ – نود فى البداية أن نوضح أن الدعوى المباشرة تنقسم إلى نوعين : الأول الدعوى المباشره الكامله : وهى التى ينص عليها القانون لصالح فئه معينه ، ولا يشترط مباشرتها حيث يترتب عليها : تجميد ورصد ونقل كامل للحق الذى للمدين لدى مدينه لصالح صاحب الدعوى المباشره الكامله ، بحيث لا يحق للمدين أن يتصرف فى هذا الحق سواء بالاستيفاء أو الابراء أو المقاصه دون حاجة إلى أى أجراء من صاحب الدعوى المباشرة، كما أن هذا الحق يخرج من الضمان العام للمدين ، فلا يزاحم دائنو المدين مع صاحب الحق فى الدعوى المباشره الكامله ، كما لا يسرى التقادم على الحق لأنه حق مجمد تحت يد مدين المدين ، وإن كان البعض الآخر يرى سريان التقادم على الحق لأن المدين يستطيع أن يتخذ الاجراءات التحفظيه(١)

ثانياً : الدعوى المباشره غير الكامله : وهى التى تستلزم اتخاذ اجراءات قضائيه لترتيب آثارها ، فهى بدون اتخاذ الاجراءات القضائيه لا ستصدار حكم بها لا تؤدى إلى اخراج الحق من الضمان العام للدائن

(1) Cozian (Mauric) : "L´actian directe" No 355 Thése 1979

المدين ، كما أنها لا تمنع المدين من التصرف فى حقه .

وعلى ذلك نرى أن الدعوى المباشره الكامله لها أثر تحفظى وانتقالى بقوة القانون ، أما الدعوى المباشرة غير الكامله فلا يكون لها الأثر التحفظى إلا من تاريخ رفعها أو تاريخ الانذار بالدفع ولا يكون لها الاثر الانتقالى إلا بصدور حكم فيها .

وفى ضوء ما سبق نرى أن المشروع أعطى لمقاول البناء من الباطن وكذا باقى المقاولين من الباطن - دعوى مباشره غير كامله وخاصه أى لا يكون لها أثر تحفظى إلا من تاريخ رفعها أو الأنذار بالدفع ، ولا يكون لها أثر انتقالى إلا بصدور حكم فيها .

١٤١ - كما يقسم الفقه الدعاوى المباشره تقسيما آخر باعتبار نطاق حق الدائن إلى دعاوى عامه : وهى التى يكون محلها كل أموال مدين المدين حيث يكون جميعها ضمانا للوفاء ، **ودعاوى خاصه** : حيث يكون محلها حق المدين لدى مدينه فقط . ولذا نقول أيضا أن الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن انما هى دعوى مباشره غير كامله وخاصه لأنها تتعلق بأموال محدده فى ذمه رب العمل كما سيتضح لنا فى المبحث الثانى من هذا الفصل.

وبعد هذا التمهيد نتناول بيان مفهوم الدعوى المباشره فى كل من القانون المصرى والفرنسى على الوجه الآتى:

المطلب الأول
مفهوم الدعوى المباشره من مقاول البناء
من الباطن فى القانون المصري

١٤٢ – نص المشرع فى المادة ٦٦٢ مدنى مصرى على أنه :

(١) يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قِبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل »
والنص السابق يوضح لنا أن الدعوى المباشره عندما تطلق كاصطلاح فإنه يقصد بها الدعوى التى تتقرر بناء على نص قانون ، ولا دخل لإراده المتعاقدين فى وجودها لأنها من الدعاوى الاستثنائية المقررة بالنص القانونى.

– ولذا فهى من الدعاوى الخاصة ، والتى تتعلق بأموال محدده فى ذمة رب العمل أى مدين المدين ، ولا تتعلق بكل أمواله ، علاوة على أنها مقصوره على ما يكون مستحقا للمقاول الأصلى تجاه رب العمل فى الأصل ، على الا يطالب مقاول البناء من الباطن وعماله رب العمل بأكثر ما هو مستحق لمقاول البناء من الباطن تجاه المقاول الأصلى ، فالعبره ليست بقيمه الحق الأصلى بل العبرة بالقدر الذى ما زال رب العمل أو المقاول الأصلى فى دعوى عمال المقاول من الباطن – مدينا لصالح المقاول الأصلى وقت رفع الدعوى [١].

(١) د. مصطفى الجارحى ، مرجع سابق ، ص ٩٤ .

- كما يشترط لمباشره الدعوى المباشره أن يكون الدين المطالب به رب العمل مستحقاً للمقاول الأصلى بسبب تنفيذ عقد المقاوله ، ولا يشترط أن يكون بيد الدائن سند تنفيذى ، ولا يشترط أن يكون دينه مصفى (Liqude) ، ولا يلزم أن يكون مدينه (المقاول الأصلى) معسراً فقد يكون موسراً ومع ذلك يتركه مقاول البناء من الباطن والعامل ويرفع الدعوى المباشره على رب العمل [١] وإذا أفلس المقاول الأصلى فتقدم مقاول البناء من الباطن أو العامل فى التفليسه فإن هذا لا يمنعه من الرجوع ايضاً بالدعوى المباشره على رب العمل حتى يستوفى جميع حقوقه من التفليسه ومن رب العمل كما لا يلزم أن يكون مدينه مهملا فى استعمال حقوقه ولا يشترط أن يوجه الدائن (مقاول البناء من الباطن) اعذار إلى مدينه الأصلى (المقاول الأصلى)[٢]

كما يلزم أن يكون رافع الدعوى المباشرة دائنا للمدين الأصلى ، فإذا كان قد أدى عمله متبرعاً فليست له تلك الدعوى ، وعله ذلك أن الدعوى المباشره حق خاص [٣]

- هذا ولا يجوز لرب العمل أن يشترط على مقاول البناء الأصلى عدم رجوع مقاول البناء من الباطن أو عماله بدعوى مباشره ، فإن هذا الاتفاق المعقود بين رب العمل ومقاول البناء الأصلى لا يمس حقوق مقاول البناء من

---

(١) انظر د / لبيب شنب ، مرجع سابق ، صـ ١٥٨ فقرة ١٣٤.

(٢) انظر حكم محكمة باريس ١٧ /٨/ ١٩٦٣ داللوز ٦٣ - ٢ - ١٥٠ انسيكلوبيدى داللوز ٣ فقط Louage d'ouv et d'ind فقرة٥٨٣.

Tieyssie (Bernard) : Les Groupes de Conkats P. 324 No . 445.

(3)Marty (Gabriel) et Raynaud (Piere) : Droit Civil ,Tome 11. Lcotume Les Obligations No 694 - 696 - Sirey 1962.

الباطن وعماله اذ هم ليسوا طرفاً فيه وقد استمدوا حقوقهم من القانون [١]

١٤٣ - ولقد حدد المشرع أطراف هذه الدعوى على سبيل الحصر وهم:-

أ - المقاول من الباطن (مقاول البناء من الباطن مثلا) : وهو دائن يطالب - فى حدود الأجر المستحق له فى ذمة المقاول الأصلى وما يتبع الأجر من نفقات ، وثمن مهمات وأدوات ، وفوائد . **رب العمل** : وهو المدين للمقاول الأصلى وليس المقاول من الباطن ، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر الذى يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة الأصلى وقت رفع الدعوى المباشره عليه من المقاول من الباطن .

وعلة ذلك : أن المقاول من الباطن (مقاول البناء من الباطن مثلا) ليس دائنا شخصياً لرب العمل رغم المطالبه المباشره به ، وهو يطالب بحق مدينه ، أى أن موضوع الدعوى المباشره هو نفس موضوع الدعوى غير المباشره ، وهو المطالبه بدين المدين مع اختلاف الأحكام نظراً لأختلاف آثارها ، فبسبب أن الحق يدخل مباشرة فى ذمة المقاول من الباطن (مقاول البناء من الباطن على سبيل المثال) لا يجوز أن تكون المطالبة بكل حقوق المقاول الأصلى اذا كانت اكبر بينما هذا القيد لا محل له فى الدعوى غير المباشرة.

مثال : اذا فرضنا أن مقاول البناء من الباطن دائن لمقاول البناء

---

(١) انظر : بودرى وفال ، ج٢ فقره ٤٠٤٣ - أنسيكلوبيدى - داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv et d'ind فقرة ٥٣ .

الأصلى بثلاث مائة جنيه ومقاول البناء الأصلى دائن لرب العمل بمائتى جنيه فقط فإن مقاول البناء من الباطن لا يطالب إلا بمائتين فقط ، أى لا يطالب إلا بالقدر الذى يكون لرب العمل مدينا به لمقاول البناء الأصلى . أما اذا كان العكس أى مقاول البناء الأصلى دائن لرب العمل بأربع مائة جنيه فإن مقاول البناء من الباطن يطالب رب العمل بثلاث مائة جنيه فقط وهو مقدار ما يستحق من دين فى ذمة مقاول البناء الأصلى .

– وعبء اثبات الدين يقع على عاتق رافع الدعوى المباشرة (مقاول البناء من الباطن مثلا) فعليه أن يثبت حق مدينه (مقاول البناء الأصلى) لدى مدين المدين (رب العمل) ، ثم يكون على مدين المدين (رب العمل) أن يثبت أيضاً انقضاء التزامه كله أو بعضه قبل رفع الدعوى اذا دفع بذلك فى مواجهة رافع الدعوى المباشرة .

ب – العامل الذى يعمل عند المقاول الأصلى (عامل مقاول البناء الأصلى مثلاً) .

يجب أن يكون عامل مقاول البناء من الباطن مرتبطاً بعقد عمل حتى يكون طرفاً فى المطالبة ، سواء قام المقاول الأصلى بالعمل كله بنفسه أو قاول على بعضه من الباطن ففى جميع الأحوال يستطيع عامل المقاول أن يرجع فى حدود الأجر المستحق له ، وكل حق آخر له فى ذمة المقاول الأصلى بموجب عقد العمل ، وعلى رب العمل أداء ماهو مستحق فى ذمة هذا الأخير للمقاول بموجب عقد المقاولة وقت رفع الدعوى المباشرة من قبل العامل تجاه رب العمل .

جـ - العامل الذى يعمل عند المقاول من الباطن[1] (عامل مقاول البناء من الباطن مثلاً).

ويلزم أيضاً أن يكون مرتبطا بعقد عمل مع مقاول البناء من الباطن حتى يكون طرفا في المطالبة بحق بواسطة الدعوى المباشرة تجاه رب العمل ، وذلك استناداً إلى نص المادة ٦٦٢ / ١ مدنى مصرى حيث نصت على أنه يكون لعمال المقاول من الباطن ، مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل ، ويرجع فى حدود ماهو مستحق له فى ذمة مقاول البناء من الباطن بموجب عقد العمل ، فله أن يرجع على مقاول البناء الأصلى باعتباره رب العمل بالنسبة لمقاول البناء من الباطن فهو مدين مدينه ، ويرجع أيضاً وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على مقاول البناء الأصلى .

- كما يحق لعامل مقاول البناء من الباطن أن يرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل ، باعتباره مدين رب العمل العرضى (مقاول البناء الأصلي) الذى هو مدين مدينه مقاول البناء من الباطن مدينه (مقاول البناء من الباطن) ، ويرجع فقط بدين مقاول البناء الأصلى المستحق فى ذمة رب العمل وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل .

١٤٤ - أما بالنسبة لمقاول البناء من الباطن الثانى الذى يكون مقاول البناء من الباطن الأول قد قاوله بدوره من الباطن ، فإنه يحق له أن يستعمل الدعوى المباشرة تجاه مقاول البناء الأصلى على اعتبار أنه رب العمل لمقاول البناء من الباطن الاول ، ولكن لايرجع بذات الدعوى على رب عمل مقاول

---

(١) أنظر د. السنهورى ، مرجع سابق ، ص ٢٨٥، ٢٨٦ ومابعدها بند ١٣١ .

البناء الأصلى ، وذلك استناداً إلى أن المادة ٦٦٢ مدنى مصرى لا تعطى الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا على رب العمل الذى قاول مقاولة وهو هنا المقاول الأصلى .

وعمال مقاول البناء من الباطن الثانى يرجعون بالدعوى المباشرة على مقاول البناء من الباطن الأول وهو مدين مدينهم ، وعلى مقاول البناء الأصلى وهو مدين مدين مدينهم دون رب العمل فهو ليس إلا مدين مدين مدين مدينهم وحكم المادة ٦٦٢ مدنى تقصر عن ذلك بالنسبة إلى العمال[١]

١٤٥ – وليس للدعوى المباشرة أثر انقضائى ، أى ليس وفاء بمقابل بمعنى أنه لا يترتب على تقديرها أو رفعها انقضاء حق الدائن رافعها لدى مدينه الأصلى فحقه لا ينقضى إلا اذا آتت هذه الدعوى ثمارها ، وأستوفى الدائن حقه من مدين المدين ولا تبرأ ذمة المدين إلا فى حدود هذا الوفاء .

١٤٦ – والدعوى المباشرة وان كان حقاً للدائن (مقاول البناء من الباطن وعماله وعمال مقاول البناء الأصلى على سبيل المثال) فإنما يكون له الخيرة فى استعمالها بمعنى أنه يمكن له أن يقوم برفع الدعوى المباشرة على رب العمل دون الرجوع على مقاول البناء الأصلى أولاً ، وله أن يرجع على مقاول البناء الأصلى أولاً ، وله أن يرجع على رب العمل ، والمقاول الأصلى متضامنين معا[٢] .

---

(١) انظر د. السنهورى ، مرجع سابق ، ص ٢٨٦ ، بند ١٣١

(٢) انظر فى هذا البحث بند رقم ١٥١ ومابعده ، ص٢١٩ومابعدها تحت عنوان " الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة " لمزيد من التفصيل لايضاح معنى الالتزام التضامنى والالتزام التضامنى .

ويحق للمدين أن يوفى مباشرة للدائن (مقاول البناء من الباطن) رافع الدعوى المباشرة وحده ودون حاجة إلى أن يكون كل أصحاب الدعاوى المباشرة مجتمعين ، إلا إذا كان أحدهم سبق الى اتخاذ الاجراءات التحفظية كإنذار بالدفع أو توقيع الحجز تحت يد المدين ، حيث يلتزم بالوفاء لهم مجتمعين ، ويقتسمون قسمة غرماء فالدعاوى المباشرة المقرره للفئات المشار اليها سابقاً من الدعاوى غير الكاملة[١] كما ذكرنا .

١٤٧- **ان سند الدعوى المباشرة** : التى لمقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل نجده في النص القانونى للمادة ٦٦٢ مدنى مصرى أو فى الاشتراط لمصلحة الغير - فالدعوى المباشرة كما ذكرنا عندما تطلق كاصطلاح إنما يقصد بها الدعوى المباشرة التى تتقرر بالنص بعيداً عن ارادة المتعاقدين (م ٦٦٢ مدنى مصرى) ، ومن هنا نجد أن سندها يكون فى النص القانونى ، أى أوجدها المشرع بمقتضى نص قانونى .

- ويمكن أن تجد سندها فى الاشتراط لمصلحة الغير : حيث يجوز أن يتعهد رب العمل لمقاول البناء الأصلى مثلاً فى عقد المقاولة بأن يدفع رب العمل مباشرة لمقاول البناء من الباطن أى يكون المشترط هنا : هو مقاول البناء الأصلى والمتعهد : هو رب العمل ، والمنتفع : هو مقاول البناء من الباطن هذا ولا يصح أن يتضمن عقد المقاولة من الباطن اشتراطاً لمصلحة

---

(١) السنهورى ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩ هامش (١) ، انظر بلانيول وربيير ورواست ، مرجع سابق ، ج١١ فقره ٩٢٩ ومصطفى الجارحى ، مرجع سابق ، ص ٩٥ .

مقاول البناء من الباطن فى مواجهة رب العمل الأصلى لأن من شروط التعهد عن الغير أن لا يكون المنتفع طرفاً فى العقد الذى يتضمن الاشتراط (م ١٥٣ مدنى مصرى) ، وهو ما لم يتحقق فى عقد المقاول من الباطن إذ أن المنتفع وهو مقاول البناء من الباطن طرف فى العقد ، علاوة على أن الاشتراط ينشىء التزامات على عاتق رب العمل بالدفع مباشرة ، ولا يجوز لعقد أن يفرض التزامات على شخص لم يكن طرفاً فيه .

– كما يجوز أن يتضمن عقد مقاول البناء من الباطن اشتراطاً لمصلحة عمال مقاول البناء من الباطن فى مواجهة رب العمل وهو هنا مقاول البناء الأصلى .

المطلب الثانى

مفهوم الدعوى المباشرة فى القانون الفرنسى :

١٤٨ – أن المشرع الفرنسى مرّ بمرحلتين بخصوص الدعوى المباشرة **فالأولى** قبل صدور القانون ١٣٣٤ / ١٩٧٥ م **والثانية** : بعد صدور ذلك القانون فقبل صدور القانون المذكور : لم يكن يعرف فكرة الدعوى المباشرة بالنسبة لمقاول البناء من الباطن حيث لم يرد ذكره ضمن من أعطتهم المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى دعوى مباشرة ، ولكن استقر الفقه والقضاء على أن نصوص المواد ١٧٩٨ مدنى فرنسى ، ٤٧ عمل فرنسى تقرر دعوى مباشرة فقط للعمال وللمقاول الذى يعمل بيده أو الذى يستعين بعمال يعملون تحت اشرافه بشرط الا يكون قد ترك العمل كله لهم . فالدعوى المباشرة تثبت فقط لكل من يعمل بيده حيث مصدر حقهم فى الدعوى المباشرة هو العمل .

– أما بعد صدور القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ : والخاص بالمقاولة من الباطن نجد أنه أعطى المقاولين من الباطن (مقاول البناء من الباطن) ضمانات تكفل لهم المحافظة على حقوقهم تجاه رب العمل والمقاول الأصلى سواء كان فى مجال المقاولات الخاصة أو التى تكون الدولة أو أحد المؤسسات العامة طرفا فيها على النحو التالى :–

– أولاً : الضمانات فى مواجهة رب العمل فى مجالات المقاولات الخاصة :

١٤٩ – إن نصوص القانون السابق يتضمن ضمانات للمقاول من الباطن ومنهم مقاول البناء من الباطن تتمثل فى الدعوى المباشرة ، الكفالة ، تقييد حق المقاول الأصلى فى حواله الحق له ويمكن لنا أن نلقى الضوء على كل ضمان وفقاً لمفهوم المادة ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ مدنى فرنسى :–

(أ) **الدعوى المباشرة** : ويمارسها مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل ، ولكن يجب عليه أولاً أن يثبت عدم قيام مقاول البناء الأصلى بالوفاء . كما أن الانذار الذى يوجهه مقاول البناء من الباطن إلى مقاول البناء الأصلى وإخطار رب العمل كفيل بإثبات هذا الأخلال بالوفاء بعد مضى شهر من إرساله .

– وتظهر أهمية تسليم رب العمل صوره من الانذار فى أنه لا يكون ملتزماً تجاه مقاول البناء من الباطن إلا بمقدار الحقوق التى تكون للمقاول الأصلى طرفه من تاريخ تسلم الانذار ، علاوة على أنه يلتزم بعدم الدفع إلي المقاول الأصلى .

- ويحق لمقاول البناء من الباطن رفع الدعوى المباشرة تجاه رب العمل حتى ولو كان مقاول البناء الأصلى فى حالة وقف مؤقت أو تسوية قضائية أو تصفية ، حيث تعطى الدعوى مقاول البناء من الباطن حق التقدم على على غيره من دائنى مقاول البناء الأصلى فى استيفاء حقه .

– هذا ولا يحق لمقاول البناء من الباطن أن يستوفى إلا تلك الحقوق التى تكون مقابل أعمال مقاولة عادت على رب العمل بالفائدة [١] هذا وقد علل الفقه الفرنسى : وجود الدعوى المباشرة لمقاولى البناء من الباطن من أن شرط قبول رب العمل لعقد المقاولة من الباطن فى القانون الجديد لا يجعله أجنبياً عن العقد حيث يجب أن يقبل عقد المقاولة من الباطن أو الموافقة على شروطه[٢] .

ب - الكفالة :

نصت المادة ١٤ من القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ مدنى فرنسى على الزام المقاول الأصلى (مقاول البناء الأصلى مثلاً) بضروره تقديم كفيل له يضمن الوفاء بمستحقات المقاول من الباطن (مقاول البناء من الباطن مثلاً) والتى تنتج من عقد المقاولة من الباطن ، والا كان العقد من الباطن باطلاً .

---

(١) م ١٣ من القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ مدنى فرنسي
(٢) أنظر :

Neret (Jeam): " Le sous-ccontract" No.350

هذا ويشترط المشرع فى الكفيل الذى يقدمه المقاول الأصلى أن يكون مؤسسه معده لهذا الغرض ، وأن يتوافر فيها الشروط التى تطلبها اللائحة التنفيذية .

- وقد أتاح المشرع لمقاول البناء الأصلى بديلاً للكفيل فى عقد المقاولة من الباطن ، وهو اجراء إنابة اطرافها رب العمل (مناب) ، ومقاول البناء الأصلى (منيب) ، ومقاول البناء من الباطن (مناب لديه) وذلك وفقاً لأحكام المادة ١٢٧٥ مدنى فرنسى ، والانابة تكون فى حدود الأعمال التى أداها مقاول البناء من الباطن .

ولكننا نرى : مع البعض بأن الانابة لا تمثل ضماناً كافياً لمقاول البناء من الباطن نظراً لأحقية رب العمل (المناب) فى التمسك بكافة الدفوع التى يحق له أن يتمسك بها قبل مقاول البناء الأصلى (المنيب) [١]

جـ - تقييد حق مقاول البناء الأصلى فى حوالة الحق :

لقد قيدت المادة ١٣ / ١ من القانون رقم ١٣٣٤ / ٧٥ مدنى فرنسى حق مقاول البناء الأصلى فى رهن أو تحويل حقه قبل رب العمل إلا بمقدار ما يقابل أعماله التى أداها شخصياً دون المساس بالجزء الذى يقابل العمل الذى أداه مقاول البناء من الباطن .

---

(1) Neret (Jeam) : P. 336.

ثانياً : الضمانات فى مواجهة رب العمل فى مجالى المقاولات التى تكون الدولة أو المؤسسات العامة طرفاً فيها :

١٨٣ – نص المشرع الفرنسى في القانون رقم ٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ مدنى فرنسى على ضمان آخر لمقاول البناء من الباطن فى المقاولات التى تكون الدولة فيها رب العمل أو إحدى المؤسسات العامة وهو ضمان الأداء المباشر أو الدفع المباشر .

– ومضمون الأداء المباشر أو الدفع المباشر : أنه يكون فى العقود التى لا تقل قيمتها عن ٤٠٠٠ فرنك ، وفيه تلتزم الدولة اجبارياً على أنها رب العمل بالدفع المباشر لمقاول البناء من الباطن وذلك بمقدار ما أنجزه من عمل ، وذلك استناداً إلى أنها وافقت على مقاول البناء من الباطن فى العقد ، وكذلك على شروط الدفع الواردة فى العقد ، ولا يصح التنازل عن هذا الحق وإلا وقع باطلا .

كما أعطى المشرع الفرنسى مقاول البناء الأصلى حق الاعتراض على الدفع المباشر ، وله هذا الحق خلال ١٥ يوماً من تاريخ أخطاره بالأوراق التى تتخذ سنداً للدفع ، ويجب أن يكون اعتراضه على الدفع سنداً إلى مبررات مقبوله ، واذا لم يعترض خلال هذه المدة كان ذلك بمثابة موافقة ضمنية منه على حق الدفع المباشر(١)

– وهذا ولا تملك الدولة بالرغم من هذا الحق دعوى مباشرة ضد

---

(1) Neret (Jeam): P.336

مقاول البناء من الباطن على اعتبار أن العلاقة بينها وبين مقاول البناء من الباطن غير مباشرة فى باقى الالتزامات نظراً لوجود عقدين إذ لا يحول العقدين إلى عقد واحد على الرغم من وجود حق الدفع المباشر ، لأنه لا يعدو أن يكون التزاماً فقط ، ولا يترتب عليه تحول العقدين (عقد رب العمل مع مقاول البناء الأصلى ، عقد مقاول البناء الأصلى مع مقاول البناء من الباطن) إلى عقد واحد[١] .

الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة :

١٥١ - حاول الفقه أن يرد الدعوى المباشرة الى نظام من النظم المعروفة فرأى البعض أنها تستند إلى المسئولية التقصيرية[٢] ، بينما ذهب البعض الآخر فى ردها إلى أحكام الضمان أو الاشتراط لمصلحة الغير[٣] ، ولكن ذهب رأى ثالث إلى اعتبارها نظاماً مستقلا على اعتبار أن الانظمة السابقة لاتتفق فى خصائصها تماما مع أحكام الدعوى المباشرة[٤].

وإن كان هناك رأى رابع قد رد الدعوى المباشرة للمسئولية التقصيرية على اعتبار أنها تنشأ داخل مجموعة عقدية أبرمت بين اطرافها سواء مابين

---

(١) المادة ٨ من القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ مدنى فرنسي

(2) Chedeville (Dominique): " La liaison entres contracts p.170 These 1977.

(٢) أنظر فى عرض هذا الرأى ، شيدفيل (Chedeville)، مرجع سابق ، ص ١٧٨

(٣) أنظر :

Mazaud (H.LK.)- Andre Tunc : Traite theorique et pratique de la responsabilite civil delictuelle et contractuel de T.111, p.917.

(٤) مارتى ورينو ، مرجع سابق ، بند ٦٩٢

مقاول البناء الأصلى ورب العمل أو بين مقاول البناء الأصلى ومقاول البناء من الباطن فنتج عنها رباطا عقديا Lien contractuel (١).

١٥٢ – ولما كانت الدعوى المباشرة قد أوجدها المشرع لحماية بعض الحقوق ، فان بعض الفقه ذهب فى معرض بيان الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة إلى القول بأن أساسها يقوم على التضامم حيث رأوا أن المدين (مقاول البناء الأصلي) ومدين المدين (رب العمل) يعتبران ملتزمين بالتزام تضاممى (Obligation in solidum) تجاه مقاول البناء من الباطن فيما يتعلق بحقوقه تجاه مقاول البناء الأصلي(٢) ، وأن كل من مقاول البناء الأصلى ، ومقاول البناء من الباطن ملتزمين بالتزام تضاممى تجاه رب العمل عن الضرر الذى يصيبه من جراء عدم التنفيذ(٣)

– والالتزام التضاممى (٤) : هو التزام يقوم على تعدد المدينين ، مع التزام كل منهم أمام الدائن بالدين كله ، وتكون ديونهم متميزة عن بعضها البعض ، لتعدد مصادرها ، وإن تمثلت فى أداءات متماثلة ، حيث تتجه جميعا الى غرض واحد وهو اشباع حاجة الدائن ، ويقع ذلك إما بالصدفة ،

---

(١) تيريه ، مرجع سابق ، بنود ٤٤٧ ، ٤٧٢-٤٧٤.

(٢) مارتى ورينو ، مرجع سابق ، فقره ٦٩٥ ، ٧٩١ .

(٣) Marty et p. paynaud: droit civil T.1 Vol. 1962 les obligations p. 802 No. 798 .

(٤) Nartt et o, opaytbayd Op.Cit., No. 797, p.800

وفى الفقه الغربى : سمى أيضا بالمسئولية المجتمعة ، كما اطلق عليه البعض فى الفقه الفرنسى ، ولكن يؤثر الدكتور السنهورى ان يسميه بالالتزام التضاممى ليقابل به الالتزام التضامنى (الوسيط ج٣ المجلد الاول ، اوصاف الالتزام والحواله ط٢ ، ١٩٨٣ ، ص ٣٢٢ هامش رقم (٢)

وإما على اثر ظروف لادخل للدائن بها .

بعكس التضامن : الذى لايوجد الا بنص أو الاتفاق (م ٢٧٩ مدنى مصري) وبالمقابلة للالتزام التضامنى الذى يقوم على وحده المحل وتعدد الروابط، فإن الالتزام التضاممى يقوم على تعدد المحال وتعدد الروابط .

ويوضح لنا الفقه الفرنسى : أنه بالرغم من الأختلاف حول تحديد المجال الدقيق للالتزام التضاممى الذى يساهم فى رسم الحدود بينه وبين الالتزام التضامنى ، فإنه توجد حالات استقر القضاء الفرنسى على اعتبارها منشئة للالتزام التضاممى ، وذلك لأن الالتزام التضاممى ينشأ من طبيعة الأشياء ، وبالتالى فلايكون بحاجة الى نصوص قانونية تقرره ، كما أنه يكون مفروضا على الشخص ، ويكون لهذا الأخير الدور الرئيسى بأظهارها ، ورغم ذلك فإن بعض النصوص - دون تصريح - تنشئ هذا الالتزام وخاصه فى المجال التجارى ولذا فنجد ان الفقه يميز بين طائفتين من الالتزامات التضاممية ، الأولى : مصدرها القضاء ، والثانية : من اصل قانونى .

ومن أمثلة الطائفة الأولى للالتزام التضاممى : حالات الاشتراك فى المسئولية بالاضافه الى الالتزام بالنفقه متى تعدد الملتزمين به [١] ، والتزام

---

(1) Nancy, 15 avril 1599, D.P. 1900, 2,193, Req 18 Oct., 1904, D.P. 1905, 1,301, Civ, 27 nov. 1935, D. 1936, 1,25 note M.Rauast, S. 1936, I. 103,R.T./, 1936, p. 153, obs M. Lagarde, Trib civ, seine, 22 Janv. 1960, J.C.P., 1960, 11, 11482, note P.L., Paris, 3nov. 1960, D. 1961, 41.

المؤمن والمسئول عن تعويض المضرور التزاما تضامميا [١] ، تعدد المسئولين عن العمل الضار [٢] ، والذى يحدث غالبا فى المسئولية التقصيرية [٣]، ولكن يقع أيضا فى المسئولية العقدية [٤] عندما يتعدد المسئولون عن الأخطاء التى ترتكب فى تنفيذ عقد ، نجد أن القضاء أتجه الى تقرير أن الالتزام فى هذه الحالة يكون التزاما تضامميا [٥] ولعل أشهر التطبيقات التى أثيرت فى هذا الشأن هى مسئولية المهندس المعمارى والمقاول ، عكس القانون المصرى الذى نص فى المادة ٦٥١ مدنى على اعتبارها مسئولية تضامنية .

---

(1) Paris 8 avr, 1935, FD.H. 1935, 389, Civ., 8 Fevr, 1939, (Sol.impl) G.P. 1939, 1,572, Civ. 23 mai 1944, G.P. 1944, 2,81, civ, 29 mars 1963, B. Civ. 11, No.301, 2 mai 1963, B.civ, 11, no. 343; 1dec. 1964, D. 1965. Somm. 53; G.P. 1965, 1,262,18 Janv, 1973, J.C.P. 1973, 11,17445, CViv, 3mars, 1947, J.C.P. 1947, 11,3520, nate p.L.P.

وإن كان قد عدلت محكمة النقض الفرنسية فى حكم صدر فى ٣٠ ابريل عام ١٩٦٠ فيما بعد وقررت عدم تضامن المؤمن والمؤمن له فى الالتزام بتعويض المضرور .

- Civ, 30 arr, 1960, R.gen, ass, terr, 1961, 354, note A.Besson.

(2) Demolombe: Troite des contracts, t. 111, no. 294.
- H.et L. Mazeaud; Treaite theorique et pratique de lares ponsabite, bed t. 11, No.1944
- J. Francais: De la distinction entre l'abligation solidaire et l'abligation in solidum. Th. Paris, 1936.

(3) Civ, 11, Juil 1892,m D.139, 4,1,501; Req. dec. 1929,9, 1930, 1,174, Civ, 20 mai 1935, S.1936, 1,54, Civ, Com.10 mai 1948, D.1948, D. 1948, p. 407
- Civ, com 30dec, 1952, p. 183, R.T./ 1953, 337 obs.H.L. Mazeand, Soc, 6mars 1957, C.P.2, ; D, 1957, somm, p. 135.

(4) Civ, 6aouit 1927, S.1927, 1,201, note M.Mazeaud, 14 mars 1933, D.H. 1933, 234, Paris 16 janv, 1950, G.P. 1950, 1,166, contra: Civ; 3 juin 1902, D.P. 1902, 1,452 .

(5) Civ, 7 janv, 1973, B.111, no. 365, Aix 14 dec. 1953, J.C.P. 1954, 11 8089

- وأخيرا يمكن أن يكون البعض مسئولا عقديا ، والآخر تقصيريا كما فى حالة مقاول البناء من الباطن اذ تكون مسئولية رب العمل تضامميا تجاهه مسئولية تقصيرية ، ومسئولية مقاول البناء من الباطن تضامميا مسئولية عقدية بالنسبة لحقوقه تجاه مقاول البناء الأصلى ، ولكن الالتزام التضاممى بين مقاول البناء الأصلى (المدين الأصلي) ، رب العمل (مدين المدين) لصالح مقاول البناء من الباطن لايتقرر بقوة القانون وانما يلزم أن يختصم مقاول البناء من الباطن فى دعواه المباشرة مقاول البناء الأصلى ، بالاضافه الى رب العمل لكى يصدر الحكم بالزامهما معا بالتضامم بكل الدين .

ومن أمثلة الطائفة الثانية للالتزام التضامنى والتى يكون مصدره القانون : نجد أن الفقه الفرنسى يورد فى هذا الصدد القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٦ الصادر فى ١٩٦٥/١١/٢٢ ويتعلق بالمسئولية الناجمة عن انفجارات السفن النووية حيث انشأ مسئولية تضاممية عن تلك الاضرار الناجمة عن متى كان من غير الممكن تحديد نصيب كل فاعل فى الاضرار التى نسبت اليه (١).

أما فى المجال التجارى فان نصوص القانون التجارى التى تقرر تضامن المدنيين تلجأ الى فكرة الالتزام التضاممى لتحقيق المرونة المطلوبة فى حالة استيفاء عمل البروتستو فى المدة المحددة حيث يمتنع التضامن

---

(١) المادة ٢/١١ من القانون الفرنسى رقم ٦٥-٩٥٦ .

ليتحول الى التزام تضاممى (١).

أمـا القـانون المصـرى فقـد أقر - فـقـهـا وقـضـاء - فكرة الالتـزام التضاممى وان كان مـجالها أضيق من نظيره الفرنسى فقد خصه المشرع المصرى بنص المادة ١٦٩ مدنى والتى تقرر تضامن المسئولين المتعددين فى التزامـهم بتعويض المضـرور ، ولكن هذا التضـامن نظام استثنائى لايجوز التوسع فى تفسير نصوصه ، ومن هنا استقر الفقه والقضاء على قصر تضامن المسئولين المتعددين طبقا للمادة ١٦٩ مدنى على حالة وحدة مصدر التزامـهم بالتـعويض، كمـا اشترطت مـحكمـة النقض تحديد مـسئولية كل شخص من محدثى الضرر (٢).

أما عند تعدد مـصادر الالتـزام بتعويض الضـرر مثل التزام أحدهم عقديا والتزام الآخر تقصيريا كما فى مسئولية رب العمل تجاه مقاول البناء من الباطن حيث تكون مسئوليته تقصيرية ، مسئولية مقاول البناء الاصلى تجـاه مقـاول البناء من البـاطن حيث تكون مسـئوليتـه عقـديه حيث يتنحى الالتزام التضامنى لكى يترك المكان للالتزام التضاممى (٣) .

---

(1) Ferrnand Derrida, Ency, Dallez, V.Solidorite, no.182, ets, p.15

(٢) نقض مدنى مصرى فى ١٩٨١/١١/١٢ طعن رقم ٩٢٤ س٤٥ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة النقض فى خمسين عاما ١٩٣١ حتى ١٩٨١/١٢/٣١م ج٦ ص ٥٧٨.

(٣) نقض مـدنى مصـرى ١٩٨٣/٢/٢٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س٣٤ رقم ١٢٥ ص ٥٨٨ حيث اقرت المحكمة فى هذا الحكم الزام المسئولين المتعددين بالتضامن نظرا لوحده مصدر الالتزام بالتعويض ، وهو المسئولية التقصيرية ، وعندما وجدت مسئولا آخر الى جانبهم ، ولكن على الأساس العقدى ، قررت انه يلتزم معهم ليس بالتضامن ، ولكن بالتضامم .. انظر د. محسن البيه ، التضامن والتضامم فى قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية مقارنا بالقضاءين الفرنسى والمصرى ، طبعة ١٩٩٠ ، الناشر مكتبة الجلاء بالمنصورة .

المبحث الثاني

آثار الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن

١٥٣- ذكرنا أن الدعوى المباشرة التى لمقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل ، انما هى دعوى مباشرة غير كاملة بمعنى أنه يستلزم لكى تنتج آثارها فى مواجهة رب العمل ، والمقاول الأصلى أن يتخذ مقاول البناء من الباطن الاجراءات القانونية لمباشرتها سواء بالاعذار أولا ثم رفعها أو برفعها مباشرة أمام القضاء ، فقبل اتخاذ تلك الاجراءات القانونية يكون للمقاول الأصلى (المدين) حرية التصرف فى حقه لدى رب العمل بجميع انواع التصرفات ، ويكون هذا التصرف ساريا فى حق مقاول البناء من الباطن أو العامل ، ويستطيع المقاول الأصلى أن يستوفى هذا الحق من رب العمل كله أو بعضه ويكون هذا الوفاء ساريا فى حق مقاول البناء من الباطن أو العامل ، ويعتبر مقاول البناء من الباطن أو العامل من الغير بالنسبة لهذا الوفاء فلايحتج عليهم به الا اذا كان ثابت التاريخ، حتى ولو كان رب العمل عالما بأن فى ذمة المقاول الأصلى مبلغا مستحقا لهما مادام لم ينذرا رب العمل بالوفاء [١] وذلك مالم يثبت أن هناك غشا وتواطؤ بين رب العمل والمقاول الأصلى[٢]. ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يجعل الوفاء حجة عليهم ولو لم تكن المخالصة ثابتة التاريخ وذلك تطبيقا للمادة

---

(١) انظر بودرى وفال ، فى الايجار ج٢ ، فقره ٤٠٣٥ - انسيكلوبيدى - داللوز ٣ Louage d'our et d'ind فقره ٦١ .

(٢) انظر السنهورى ، مرجع سابق ، ج٩ ص ٢٨٧-٢٨٨ هامش ١ ، وانظر جيوار فى الايجار ج٢ فقره ٨٩٨ الطبعة الثالثة سنه ١٩٨١ حيث يرى أن الوفاء حتى يكون ساريا فى حق المقاول من الباطن والعامل يجب أن يكون بحسن نيه ".

٢/٣٩٥ مدنى مصرى (١).

ولايجوز الرجوع على المقاول الأصلى بدعوى المسئولية التقصيرية أو على اساس الاثراء بلاسبب لأنه استوفى حقه مقابل العمل الذى اداه لرب العمل بمقتضى عقد المقاولة بينهما اذا فهو لم يثر على حساب الغير ، وإنما استوفى حقه استنادا الى تصرف قانونى صحيح وهو عقد المقاولة بينه وبين رب العمل .

وكما تقع المقاصة بين ما للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل وماعليه له اذا كان ذلك سابقا على تاريخ الانذار بالوفاء الذى يوجهه مقاول البناء من الباطن أو العمال الى رب العمل ، وكانت المقاصة ثابتة التاريخ ، ويستطيع المقاول الأصلى كذلك أن يبرئ ذمة رب العمل ، مادام الابراء يكون صادرا قبل الانذار بالوفاء ، وان **كنا نرى** : أن هذا الابراء ينطوى على تبرع من المقاول الأصلى (المدين) لرب العمل وبالتالى فلاينفذ فى حق مقاول البناء من الباطن وبالتالى لايشترط غش المدين أو تواطؤ رب العمل طالما ان هذا التبرع يؤدى الى اعسار المقاول الأصلى او زيادة اعساره سواء علم المقاول الأصلى بذلك أو لم يعلم ، قصد به الاضرار بمقاول البناء من الباطن أم لم يقصد ، فليس من المعقول أن ينفذ تبرع المقاول الأصلى فى حق مقاول

---

(١) أنظر عكس ذلك : د. مصطفى الجارحى ، مرجع سابق ، ص ٩٦ حيث يرى " أنه يحتج بالتصرف الثابت التاريخ ولو انطوى على غش ولايشترط حسن النية " وإن كنا : نرى عكس ذلك حيث أن الاصل القانونى ضرورة افتراض حسن النية فى المعاملات مالم يثبت العكس (م ١/١٤٨ مدنى مصري) .

البناء من الباطن اذا لم يكن لديه مايكفى لسداد ديونه ، ولايغير من الأمر شيئا أن يكون المقاول الأصلى حسن النية ، فمقاول البناء من الباطن (الدائن) أولى بالرعاية ممن صدر له التبرع (رب العمل) ولو كان الأخير حسن النية .

١٥٤- أذن العبرة فى وقت تقييد حرية المقاول الأصلى فى التصرف فى حقه لدى رب العمل يكون بوقت - رفع الدعوى المباشرة - وهى لاتفيد سوى رافع الدعوى المباشرة ، وليس جميع من لهم هذه الدعوى الا اذا كان بينهم تضامن فانهم يتسفيدون من هذا الاجراء النافع - أو من وقت توقيع الحجز أيهما أسبق .

ويقوم مقام رفع الدعوى توجيه انذار بالدفع الى رب العمل ، ولايلزم مقاول البناء من الباطن اخطار المقاول الأصلى بصورة من الانذار ، **وإن كنا نرى** : أنه يجب ان يقوم المشرع بالزام مقاول البناء من الباطن والمقاول من الباطن بصفه عامه أو العامل بضرورة ارسال نسخة من الانذار الموجه لرب العمل الى المقاول الأصلى حتى يكون على بينه من الأمر ، وذلك استكمالا للفن التشريعى .

ولقد أوضح المشرع قصده من اعتبار الدعوى المباشرة غير كاملة من خلال نصه فى المادة ١/٦٦٢ على أن " ... حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لايجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى

ورب العمل " ونصه فى الفقره الثانية من نفس المادة على انه " ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى أمتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز" .

ويستفاد من صياغة النصين أن العبرة فى تقدير قيمة الدين الذى فى ذمة رب العمل بوقت رفع الدعوى ، وبالتالى يستفاد من ذلك بمفهوم المخالفة أن المقاول الأصلى يمكنه قبل رفع الدعوى من قبل مقاول البناء من الباطن ان يتصرف فى حقه وقد يصبح رب العمل غير مدين بأى شئ عند رفع الدعوى أو عند توقيع الحجز.

١٥٥- ويترتب على رفع الدعوى المباشرة من مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل أو توجيه انذار بالدفع اليه بعض النتائج الهامة تجاه رب العمل ومقاول البناء الأصلى :

(أ) يمتنع على مقاول البناء الأصلى أن يتصرف فى حقه الذى يكون له طرف رب العمل ، ويكون هذا التصرف غير سار فى حق مقاول البناء من الباطن أو عماله أو عمال المقاول الأصلى ، - بشرط مشاركتهم فى رفع الدعوى أو توجيه الانذار - فاذا وفى رب العمل لمقاول البناء الأصلى بحقه كله أو بعضه فإن هذا الوفاء لايسرى فى حق مقاول البناء من الباطن او العامل ، بل إن هذا الأخير يتقاضى من رب العمل الحق كله فى حدود ماله فى ذمة مقاول البناء الأصلى أو فى حدود ما لمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل وقت رفع الدعوى أو الانذار أو الحجز أيهما أقل ، ولرب العمل بعد

ذلك الحق فى الرجوع على مقاول البناء الأصلى بما دفعه المقاول البناء من الباطن أو العامل حتى ولو كان الوفاء للمقاول الأصلى واقعا على حق مستحق الأداء ، لأن تجميد الحق ورصده لمصلحة مقاول البناء من الباطن انما يكون كأثر لرفع الدعوى المباشرة فى مواجهة المقاول الأصلى ورب العمل على السواء ، ولكن لايحتج بتجميد الحق ورصده لمصلحة مقاول البناء والعمال على دائنى رب العمل اذ يكون لهم اذا وفى رب العمل للمقاول الأصلى أو لمقاول البناء من الباطن وهو أحد دائنيه مثلهم ولايتميز عنهم بالدعوى المباشرة لأنها لاتميزه الا فى علاقته مع سائر دائنى مقاول البناء الأصلى - أن يطعنوا فى هذا التصرف استنادا الى المادة ٢٤٢ مدنى مصرى (١).

أما بالنسبة لدائنى مقاول البناء الأصلى من غير اصحاب الدعوى المباشرة ، فإنهم لايستطيعون مطالبة رب العمل بحق مدنيهم بمقتضى الدعوى الغير مباشرة وذلك بعد الانذار بالدفع أو رفع الدعوى المباشرة أو الحجز من قبل مقاول البناء من الباطن لأنهم لايملكون اكثر مما يملك مدينهم ، حيث يحظر عليه تلك المطالبة ، وبالتالى فلايملكون اكثر مما يملك ،

---

(١) نصت المادة ٢٤٢ مدنى مصرى على أنه "

(١) اذا لم يقصد بالغش الا تفضيل دائن على اخر دون حق فلايترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة .

(٢) واذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذين عين أصلا للوفاء فلايسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين ، وكذلك لايسرى فى حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه" .

كما لايجوز لهم توقيع الحجز على حق مدينهم (مقاول البناء الأصلي) لدى رب العمل بعد رفع الدعوى المباشرة ، وإن كان يحق لهم ذلك قبل رفع الدعوى الا اذا رفعت الدعوى قبل صدور حكم بصحته فلايحتج به فى مواجهة مقاول البناء من الباطن حتى ولو صدر حكم بصحته بعد رفع الدعوى ، لأن الحجز التنفيذى ليس الا طريقا للوفاء اجباريا ، سواء تم لمصلحة المقاول الأصلى او لمصلحة الدائن الحاجر فهو يبرئ ذمة مقاول البناء الأصلى تجاه ذلك الدائن أى أن ثمرة الحجز فى النهاية تعود عليه ، ويعتبر كأنه أستوفى حقه فلاينفذ فى حق مقاول البناء من الباطن الا بنفس الشروط التى يستلزمها النص لجواز التصرف فى الحق أو استيفائه (١).

فمن المزايا الكبرى للدعوى المباشرة أنها توقى مقاول البناء من الباطن مزاحمة سائر دائنى مقاول البناء الأصلى ، اذا يستطيع رب العمل أن يوفى أولا حقوق مقاول البناء من الباطن والعمال مقدما اياهم على سائر دائنى مقاول البناء الأصلى حتى ولو حجر هؤلاء تحت يده ، بل ويجوز لرب العمل دون انتظار لاستصدار أمر من القاضى أن يؤدى هذه المبالغ مباشرة لمقاول البناء من الباطن والعمال وذلك استنادا الى الفقره الثانية من المادة ٦٦٢ مدنى مصرى حيث تنص على أنه " يجوز اداء هذه المبالغ اليهم مباشرة".

---

(١) انظر لى معنى ذلك د. مصطفى الجارحى ، مرجع سابق ، ص ٩٨ حيث يقول (بأن القول بغير ذلك يجعل صاحب الدعوى المباشرة فى مركز أضعف من مركز الحاجز على الحق بينما أراد المشرع أن يضع الدائن فى مركز متميز بالنسبة لهذا الحق بالذات (هامش (١) من نفس المرجع ص ٩٨) .

أما مقاول البناء من الباطن والعمال فيتزاحمون فيما بينهم فلو تعدد هؤلاء ورفعوا جميعا الدعوى المباشرة ، ولم يكن مافى ذمة رب العمل لمقاول البناء الأصلى مايفى بجميع حقوقهم قسموا مايحصلون عليه من رب العمل قسمة غرماء فيما بينهم كل بنسبة حقه ويستوى فى ذلك أن يتزاحم مقاولى البناء من الباطن أو هم عمال المقاول أو هؤلاء جميعا ومعهم عمال مقاولى البناء من الباطن (١).

(ب) كما يمتنع على مقاول البناء الأصلى النزول عن حقه فى ذمة رب العمل للغير عن طريق حوالة الحق حتى لو كانت قد تمت الحوالة قبل الانذار أو رفع الدعوى أو الحجز وذلك استنادا الى القاعدة العامة التى تقضى بأن هذه الحوالة تسرى فى حق المقاولين من الباطن أو العامل اذا صارت نافذة اذا صارت نافذة فى حق الغير (بقبول المحال عليه أو إعلانه) قبل انذار رب العمل بالوفاء فى حالة استعمال الدعوى المباشرة ، وقبل توقيع الحجز فى حالة استعمال حق الامتياز من وقت رفع الدعوى المباشرة ومن ذلك الوقت أيضا لايجوز لمقاول البناء الأصلى ابراء ذمة رب العمل من الدين الذى له عنده ، ولكن المشرع امعانا فى رعاية الدائنين الممتازين قرر فى المادة ٣/٦٦٢ مدنى مصرى انه :" وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمه على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل " والنص المذكور يوضح لنا أن حواله الحق لاتسرى فى

---

(١) السنهورى ، مرجع سابق ، ج٧ مجلد ١ ص ٢٩٠ هامش (١) .

مواجهة مقاول البناء من الباطن ولو كانت ثابته التاريخ قبل الانذار بالوفاء أو قبل توقيع الحجز حيث يقدم حق مقاول البناء من الباطن أو العامل على حق المحال له ، ويؤيد ذلك ماورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[١] بشأن تفسير معنى " النزول " الوارد فى صياغة النص السابق حيث تقول فى تفسير الفقره الثالثة أنه " والفقره الثالثة تقرر ماجرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلط ، وقد جرى قضاء محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة على تقديم حقوق المقاول من الباطن (مقاول البناء من الباطن) على المحال له الذى نزل له المقاول الأصلى عن دينه قبل رب العمل حتى ولو كانت الحوالة السابقة على الحجز[٢] " وقد استقر الفقه على تفسير النص السابق بأنه يخول الدائنين المتازين سلطة تتبع الدين الذى يرد عليه حقهم فى أى يد يكون بحيث لايحتج عليهم بحوالة هذا الدين ، ولو تمت قبل توقيع الحجز تحت يد رب العمل [٣] ، وهذا التفسير هو الذى يستقيم مع المعنى المستفاد من اعداد هذا النص ، اذ لو كان المقصود به عدم نفاذ الحوالة الحاصلة بعد الانذار أو الحجز لكان مجرد تطبيق للقواعد العامة ولما كانت هناك حاجة الى النص عليه صراحة .

(ج) كما يترتب على الدعوى المباشرة أيضا أنه لاتجوز المقاصة بين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج٥ ص ٥٣ .

(٢) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ١٩٢٠/٢/٢٤ ، وفى ١٩٩٤/٣/٢٣ ببلتان ٥٦-٩٢ - السنهورى ، مرجع سابق ، ج٧ ص ٢٩٢-٩٣ بند ١٣٢ - انظر محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ١٦٠-١٦١ .

(٣) السنهورى ، الوسيط ، ج٢ ص ٩٨٣ بند ٥٥٨ ، اسماعيل غانم ، عقد العمل ، ص ٣٥٦ بند١٨٤.

حق مقاول البناء الأصلى فى ذمة رب العمل ودين فى ذمته له من وقت رفع الدعوى المباشرة ، ومن ذلك الوقت أيضا لايجوز لمقاول البناء الأصلى ابراء ذمة رب العمل من الدين الذى له عنده .

١٥٦- كما يستطيع مقاول البناء من الباطن أو العمال ان يتوقى مزاحمة دائنى مقاول البناء الأصلى بالحصول على حق امتياز اذا ماوقع مقاول البناء من الباطن والعمال حجزا تحت يد رب العمل فإنه فى هذه الحالة يكون له حق امتياز يتقدم به على سائر دائنى مقاول البناء الأصلى ، ومحل هذا الامتياز هو : المبلغ الذى يكون فى ذمة رب العمل لمقاول البناء الأصلى وقت توقيع الحجز .

ولايشترط لوجود الامتياز أن يوقع مقاول البناء من الباطن أو العمال حجز تحت يد رب العمل أو مقاول البناء الأصلى ، كما توحى بذلك صياغة الفقره الثانية من المادة ٦٦٢ مدنى مصرى ففائدة الحجز تبدو فى تحديد محل الامتياز بالمبالغ التى تكون فى ذمة رب العمل وقت الحجز دون مايكون قد انقضى قبل ذلك من ديونه ، لأن الامتياز مصدره القانون وليس الحجز وانما الحجز هو شرطه فقط لتحديد محله(١) .

وتوقيع الحجز على ما للمدين تحت يد الغير طريق من طرق القواعد العامة لأى دائن أن يسلكه ، والدائن البادئ به لايكسب مركز متميزا أو مانعا ، فيمكن لأى دائن آخر أن يتخذ نفس الطريق ويوقع حجزا آخر ،

---

(١) انظر د. محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ١٥٩ بند ١٣٤ .

ومن هذه الناحية يكون أضعف من الدعوى المباشرة ، لأن هذه متى رفعت تمنع البدء بالحجز أو الاستمرار فيه اذا كان قد بدئ به قبل رفعها[١] ولكننا **نرى** أن المشرع قد قرن الحجز بميزتين تجعلاه طريقا افضل من الدعوى المباشرة :

الأولى – مانصت عليه المادة ٢/٦٦٢ مدنى مصرى بقولها " ولهم فى حالة توقيع الحجز من احدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ويجوز اداء هذه المبالغ اليهم مباشرة " .

أى أن الحجز الذى يوقعه مقاول البناء من الباطن أو عمال مقاول البناء الأصلي[٢] على حقوق مقاول البناء الأصلى عند رب العمل يعطى لهم امتيازا اذا زاحمه باقى الدائنين العاديين لرب العمل أو لمقاول البناء الأصلى فلايتزاحمون معهم ، كما يكون لهم حق التقدم عليهم ، أما بالنسبة لعمال مقاول البناء من الباطن الآخرين المشتركين فى الحجز فإن الامتياز مقرر لهم جميعا ويقتسمون قسمة غرماء كل بنسبة حقه .

والحقوق التى يثبت الامتياز المتقدم ضمانا لها هى الحقوق المستحقة

---

(١) د. مصطفى الجارحى ، مرجع سابق ، ص ٩٩

(٢) ان المستفيدين من احكام الفقره الثانية من المادة ٦٦٢ مدنى هم : المقاول من الباطن (مقاول البناء من الباطن) أو عمال المقاول الأصلى والدليل على ذلك ان المشرع استعمل فى الفقره الثانية لفظ " ولهم" .

لمقاول البناء من الباطن ولعمال مقاول البناء الأصلى والمقاول من الباطن(مقاول البناء من الباطن) بسبب قيامهم بالعمل موضوع المقاولة المنعقدة بين المقاول الأصلى ورب العمل ، فلايثبت الامتياز لأى حق آخر لهؤلاء الأشخاص تجاه مقاول البناء الأصلى .

أما الثانية - أنه بناء على الحجز يستطيع رب العمل أن يوفى مباشرة لمقاول البناء من الباطن مقدما اياهم على سائر دائنى مقاول البناء الأصلى حتى لو حجز هؤلاء تحت يده ودون اذن من القضاء ، ودون تحول الحجز الى حجز تنفيذي(١) .

---

(1) Planiol (M) Ripert (G) et Rouast (A): Traite pratique de Droit civil Francais 2eme edition, Tome XI :Contracts civil 2eme parlie P.211 No. 965. These 1954.

وانظر د. اسماعيل غانم ، قانون العمل ص ٢٥٨ بند ١٧٤ .

خاتمة والنتائج المستخلصة

١٥٧- تناولنا فى البحث شرح المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن سواء من حيث بيان حقيقة مقاول البناء من الباطن ، ومدى مشروعية عقد مقاولة البناء من الباطن ، ومدى مسئوليته المدينة تجاه مقاول البناء الأصلى (رب العمل العرضي) ، ومدى علاقته ومسئوليته تجاه صاحب البناء (رب العمل) وذلك مقارنة بالفقه الاسلامى كلما امكن ذلك .

ولقد وضحنا فى مقدمة البحث الدوافع إلى تناول هذه المسائل بالبحث والدراسة حيث نجد أن جل عمليات البناء فى الواقع العملى انما تنفذ بواسطة مقاول البناء من الباطن وبالرغم من ذلك نجد أن المشرع لم يتناولها بالتنظيم الشامل بأحكام خاصه أسوه بالمهندس المعمارى والمقاول بل اخضعها لأحكام عامة بالرغم من خطورة الأعمال التى يقوم بها مقاول البناء من الباطن وهى نفس الخطورة التى حدت بالمشرع الى تنظيم اعمال المهندس المعمارى والمقاول بأحكام خاصه ، الأمر الذى أوجد بعض النقص التشريعى لمعالجة مسؤولية مقاول البناء من الباطن فى حين أنه الأولى بالتنظيم على اعتبار أنه المنفذ الفعلى لعمليات البناء ، ومن خلال البحث والدراسة خلصنا الى النتائج الآتية :

١٥٨ - أولا - اثبتنا فى البحث مشروعية عقد مقاولة البناء من الباطن ، ومطابقة الأحكام القانونية للفقه الاسلامى حيث يقابل فى الفقه عقد الاستصناع وعند الأجير المشترك ، حيث يرى الفقه الاسلامى أنه يجوز

لمقاول البناء أن يعمل بغيره مالم يشترط عليه رب العمل أن يعمل بنفسه ، وطالما لم يختلف القصد باختلاف الأُجراء فله أن يعمله بأجيره الخاص (عامله أ و عماله) أو المشترك (مقاول البناء من الباطن) لأن مقصود رب العمل ليس الا تحصيل العمل ولايعنيه من يقوم به ، فإذا نفذ مقاول بناء العمل بنفسه أو بمقاول بناء من الباطن على النحو المشترط فى عقد مقاولة البناء فقد وفى ماعليه ، وهذا مايتفق مع فحوى نص المادة ١/٦٦١ مدنى مصرى .

١٥٩ - ثانيا - أن عقد مقاولة البناء من الباطن يختلف عن عقد التنازل عن المقاولة حيث يتحقق التنازل عن المقاولة بقيام مقاول البناء الأصلى بالتنازل للغير (المقاول الثاني) عن جميع عقد مقاولة البناء بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات فيحل محل مقاول البناء الثانى (المتنازل له) محل مقاول البناء الأصلى (المتنازل) فى عقد مقاولة البناء ، ويصبح المتنازل له هو المسئول فى مواجهة رب العمل بعكس مقاولة البناء من الباطن حيث يظل مقاول البناء الأصلى هو المسئول فى مواجهة رب العمل عن اخطائه واخطاء مقاول البناء من الباطن ، علاوة على أن عقد التنازل عن المقاولة يتبع العقد الأصلى من حيث الشكل فإذا كان رضائيا كان الأخير رضائيا ، واذا كان شكليا أى رسميا وجب أن يكون عقد التنازل عن المقاولة رسميا أيضا بعكس عقد مقاولة البناء من الباطن فلايرتبط بعقد مقاولة البناء الأصلى شكليا وان كان يرتبط به من حيث الموضوع والشروط فقط .

١٦٠ – ثالثا – اما فيما يتعلق بالنتائج المستخلصة فى مجال مسئولية مقاول البناء الأصلى خلصنا الى أهم النتائج الآتية : :

أ – لكى تتحقق مسئولية مقاول البناء من الباطن عن الأخلال بانجاز الأعمال الواردة فى عقد مقاولة البناء الأصلى ، وخاصه المتعلقة بشروطة الجوهرية نقترح أن يدرج دائما فى عقد مقاولة البناء من الباطن شرط يلزم مقاول البناء من الباطن باعتبار عقد مقاولة البناء الأصلى جزءا لايتجزأ من عقد مقاولة البناء من الباطن فيما لم يرد مايخالفه ، لأن العبرة فى تحديد مسئولية مقاول البناء من الباطن عن الاخلال بانجاز العمل هو بما ورد فى عقد مقاولة البناء من الباطن ، وليس بعقد مقاولة البناء الأصلى المبرم بين مقاول البناء الأصلى ورب العمل.

ب – تناولنا فى البحث مدى مسئولية مقاول البناء من الباطن عن انجاز العمل فى حالة وفاة مقاول البناء الأصلى اثناء انجازه وخاصه فى ضوء علاقة التبعية بين عقد مقاولة البناء من الباطن وعقد مقاولة البناء الأصلى ، ووضحنا أن الالتزام يتوقف على ما اذا كانت شخصية مقاول البناء الأصلى محل اعتبار فى العقد أم لا فاذا كانت الأولى انقضى العقد الأصلى وبالتالى ينقضى عقد مقاولة البناء من الباطن بالتبعية ، أما اذا كان العكس أى لم تكن شخصية مقاول البناء الأصلى محل اعتبار فلاينتهى العقد من تلقاء نفسه ، وبالتالى لاينتهى عقد مقاولة البناء من الباطن ولايحق لرب العمل أن يتحلل من العقد الا وفقا للحالات التى تطبق عليها المادة ٦٦٣

مدنى مصرى [١] إلا اذا لم يتوافر فى ورثة مقاول البناء الأصلى الضمانات الكافية لحسن سير العمل ، وعلى العكس اذا كانت حالة الوفاة لمقاول البناء من الباطن فإن عقد مقاولة البناء من الباطن يلحقه انفساخ أو يتحلل منه مقاول البناء الأصلى ، وذلك لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى مع سداد مستحقات مقاول البناء من الباطن لورثته (م ٦٦٤ مدنى مصري) .

جـ - أن الالتزام بالتسليم والتسلم بين مقاول البناء من الباطن ، ومقاول البناء الأصلى فى طبيعته ليس تصرف قانونى ، وليس اتفاق منفصل، وليس مجرد واقعة مادية أو عمل مادى كما ذهب الفقه [٢] ، **ولكننا نرى** أنه التزام تعاقدى يستند فى أساسه القانونى الى عقد مقاولة البناء من الباطن ، وليس خارج عنه ، لأن عقد مقاولة البناء من الباطن من العقود التبادلية ، حيث يلتزم فيه مقاول البناء من الباطن بتسليم العمل ، ويلتزم مقاول البناء الأصلى بتسلم العمل ، وخلاصه القول أن الطبيعة القانونية

---

(١) نصت المادة ٦٦٣ مدنى مصرى على أنه :

١- لرب العمل ان يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى اى وقت قبل اتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وماكان يستطيع كسبه لو أنه اتم العمل .

٢- على أنه يجوز للمحكمة ان تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب اذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه مايكون المقاول قد افتقده من جراء تحلل رب العمل من العقد ومايكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر".

(٢) انظر فى هذا المبحث " الطبيعة القانونية للالتزام بالتسليم " بند ٩٣ ومابعده ص ٦٢ وما بعدها

للتسليم والتسلم ، وإن كان عمل قانونى ، وليس مجرد واقعة قانونية إلا انه ليس صادر عن ارادة منفردة ، وانما هو صادر عن التزام تعاقدى يقوم به مقاول البناء من الباطن بمقتضى عقد مقاولة البناء من الباطن ، ونجد أساسه القانونى فيه طبقا لما اتفق عليه الطرفين ، فلاهو صادر عن ارادة منفردة ، ولاعن اتفاق آخر مستقل بل هو عمل قانونى صادر عن ارادة مشتركة انصبت فى عقد مقاولة البناء من الباطن .

د – إن حدود التعويض القضائى المستحق لمقاول البناء الأصلى تجاه مقاول البناء من الباطن تنطبق عليها الأحكام العامة فى التعويض ، وخاصه أن المشرع لم يضع أحكام تفصيلية لمسئولية مقاول البناء من الباطن – الأمر الذى أدى الى وجود نقص تشريعى لعلاج هذه المسئولية الخطيرة – فيتم التعويض وفقا للمعايير العامة فى المسئولية العقدية حيث يتم التعويض عن الضرر المباشر المتوقع ، ولايتم التعويض عن الضرر غير المباشر الا فى حالتى الغش والخطأ الجسيم . هذا ويتم تقدير الضرر بقيمته وقت صدور الحكم ، وليس بقيمته وقت وقوعه ، ومالم يكن المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده فلايكون له عندئذ أن يرجع بغير مادفعه مهما تغيرت الأسعار وقت الحكم ، لأن العبره بتكاليف عمليات الإصلاح أو اعادة البناء بالوقت الذى نفذت فيه هذه الأعمال ، وليس بيوم صدور الحكم ، كما يشمل التعويض الضرر المستقبل ايضا بشرط أن يكون مؤكد الحدوث .

١٦١ – رابعا – وبالنسبة للنتائج المستخلصة لمسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل الأصلى ، نورد النتائج والاقتراحات الآتية :

أ - إن المشرع المصرى قد وقف بالمسئولية العشرية عند حدود العلاقة بين رب العمل ومقاول البناء الأصلى ومتطلبا لسريانها قدرا معينا من الخطورة فى العيوب والأضرار التى تلحق البناء أو غيره من المنشآت الثابتة ، والآن وقد مضى على وضعها اكثر من نصف قرن تطورت خلاله الحياة الاقتصادية والعمرانية ، وتغيرت الكثير من مفاهيم البناء وفن المعمار الأمر الذى يجعل مجتمعنا احوج الى تدخل المشرع فى نطاق أحكام هذه المسئولية الخاصه ليعيد تنظيمها لتتمشى مع الواقع العملى والفعلى فى عمليات البناء ، ولقد تقدمنا من خلال هذا البحث باقتراح تطبيق احكام المسئولية الخاصة للمعماريين (المهندس المعمارى والمقاول) على مقاول البناء من الباطن[١] خاصه أنه فى جل اعمال البناء هو المنفذ الفعلى ، وليس مقاول البناء الأصلى ، فكان الأولى بتطبيق هذه المسئولية عليه .

ومن خلال عرضنا للاقتراح قد ردينا على كل حجج المعارضين لتطبيق أحكام المسئولية الخاصه على مقاول البناء من الباطن ، وأوردنا الحجج التى نستند اليها فى ضرورة تطبيق هذه المسئولية على مقاول البناء من الباطن ، وأقترحنا تعديل نص المادة ١/٦٥١ مدنى مصرى بحيث تنطبق المسئولية العشرية على المهندس المعمارى والمقاول والمقاول من الباطن (مقاول البناء من الباطن) على أن تكون المسئولية تضامنية بين مقاول البناء الأصلى

---

(١) انظر عرض الاقتراح فى هذا البحث - الفصل الأول من الباب الثالث بند١٥٢ ومابعده ص ١٣٦ ومابعدها حيث عرضت الاسانيد القانونية لتطبيق الاقتراح والرد على المعارضين لتطبيقه بالتفصيل

ومقاول البناء من الباطن أسوة بالمسئولية التضامنية بين المهندس المعمارى والمقاول الأصلى ، لأننا لو طبقنا المسئولية الخاصه على مقاول البناء من الباطن دون تضامن بينه وبين مقاول البناء الأصلى لأدى ذلك الى ركون مقاول البناء الأصلى الى تلك المسئولية دون الاهتمام بسلامة البناء فيكون همه التجارة والكسب دون تحمل المسئولية التى تلقى على عاتق مقاول البناء من الباطن هنا .

ولذا اقترح ان تعدل صياغة نص المادة ١/٦٥١ مدنى مصرى لتكون على الوجه الآتى :

أ - أن يضمن المهندس المدنى (١) والمقاول الأصلى (بما فيهم مقاول البناء الأصلي) متضامنين ، والمقاول من الباطن (بما فيهم مقاول البناء من الباطن) بالتضامن بينه وبين المقاول الأصلي مايحدث خلال عشرة سنوات من تهدم كلى او جزئى فيما شيدوه من كمبان أو اقاموه من منشآت ثابته اخرى وذلك لو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الارض ذاتها سواء كان رب العمل اجاز اقامة المنشآت المعيبة أم لا ، مالم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة أرادا أن تبقى هذه المنشآت اقل من عشر سنوات .... " .

---

(١) فضلنا استخدام لفظ مهندس مدنى وليس المهندس المعمارى كماورد فى النص القديم لأن المهندس المعمارى خريج كلية الهندسة قسم عماره أو كلية الفنون الجميلة قسم عماره وهو يختص بالتخطيط والرسومات فقط ، أما المهندس المدنى فهو الذى يختص بتنفيذ البناء وهو خريج كلية الهندسة " قسم مدني" وهو الاقرب الى المعنى المقصود من نص المادة ٦٥١ وليس المهندس المعمارى .

ب – تناول البحث نطاق مسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه صاحب البناء الأصلى (رب العمل الأصلي) وخلصنا أن مسئوليته انما هى مسئولية تقصيرية ، يستطيع رب العمل ان يرجع عليه استنادا الى المسئولية التقصيرية على اعتبار انه من الغير ، وإن كان يمكن ان يستخدم الدعوى غير المباشرة فى مواجهته على اعتبار أن رب العمل دائن لمقاول البناء الأصلى الذى يعتبر مقاول البناء من الباطن مدينه وذلك فى نطاق دعاوى الضمان العام للدائنين ، فيمكن مطالبته بتنفيذ التزامه بمقتضى عقد مقاولة البناء من الباطن ، هذا وتنتقل دعوى المسئولية التقصيرية من رب العمل الى خلفه الخاص الذى آلت ملكية البناء محل عقد مقاولة البناء من الباطن ، ولايملك اكثر مما يملك سلفه .

جـ – وطبقا لنص المادة ٦٦٢ مدنى مصرى ، المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى يحق لمقاول البناء من الباطن وعماله استعمال الدعوى المباشرة فى مواجهة رب العمل ، ولهم حق امتياز يجتنبانهما مزاحمة دائنى مقاول البناء الأصلى (١) .

والله ولى التوفيق ،

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك فى البحث الفصل الثالث من الباب الثالث بند ١٣٩ وما بعده ص ٢٠٢ وما بعدها

المراجع

أولا - اللغة :

١- القاموس المحيط ، الفيروز آبادي

٢- مختار الصحاح - محمد أبى بكر الرازى ، مكتبة لبنان ، بيروت ١٩٨٩م .

٣- المعجم الوسيط - ابراهيم مصطفى احمد حسن الزيات وآخرين ، احياء التراث العربى - مجمع اللغة العربية ، المكتبة العلمية ، طهران .

ثانيا - الفقه :

١- المغنى والشرح الكبير ، لابن قدامة ، ج (٦) .

٢- المغنى لابن قدامه ، المكتبة السلفية ، المدينة المنورة .

٣- المدونة الكبرى ، للامام مالك ، ج٤

٤- المبدع شرح المقنع ، ج٤ ، ابن مفلح ، المكتب الإسلامى ، بيروت ، لبنان

٥- الروض المربع شرح زاد المستقنع ، البهوتى

٦- الدر المختار ، ج٣

٧- الفقه الاسلامى وأدلته ، العقود المسماه ، وهبه الزحيلى ، دار الفكر طبعة ٣ ، ١٩٦٩

٨- الخرشى على مختصر خليل، ج٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى،ج٤.

٩- شرح فتح القدير ، ابن الهمام ، مطبعة محمد ، المكتبة التجارية بمصر

١٠- المهذب للشيرازى ، ج١

١١- المحلى لابن حزم الظاهرى ، ج٩

١٢- الأم للامام الشافعى ، ج٣ ، ط٢ عام ١٩٧٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

١٣- الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، ابو زهرة ، دار الفكر العربى ١٣٩٦هـ/١٩٧٦م

١٤- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ، ج٤ ، ١٣٢٨هـ/١٩١٠م.

١٥- بداية المجتهد لابن رشد ، ط٦ عام ١٤٠٦هـ/١٩٨٢م - دار المعرفة - بيروت - لبنان .

١٦- تكملة البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ، ج٨

١٧- شرح مجلة الأحكام العدلية، محمد خالد الاتاسى، مطبعة حمص، ١٣٥٠.

١٨- روضة الطالبين للنووى ، ج٤ ، المكتبة الاسلامية ، بيروت ، لبنان

١٩- شرح فتح القدير ، ابن الهمام ، مطبعة محمد ، المكتبة التجارية، مصر

٢٠- شرح روضة الطالب فى اسنى المطالب ، اى يحيي زكريا الانصارى الشافعى ، ج٢

٢١- كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار، ابى بكر الحسينى، ج١ ، ط٣، الشئون الدينية لدولة قطر(شافعي) .

٢٢- كشف الحقائق ، شرح كنز الدقائق ، عبد الحكيم الافغانى ، ج٢

٢٣- منتهى الارادات – تقى الدين محمد احمد الفتوحى ، تحقيق عبد الغنى عبد الخالق ، دار المعارف ، مصر ، ج١

ثالثا - القانون :

١- د. أحمد حشمت ابو ستيت :

مصادر الالتزام ، ط٢ ، ١٩٥٤م.

٢- د/ انور سلطان :

الموجز فى مصادر الالتزام ، ط ١٩٧٠ .

٣- انور طلبة :

نماذج العقود والتصرفات ، دار النهضة العربية

٤- د/ جمال الدين زكى :

الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانونى المدنى المصري، ط ١٩٧٨ .

٥- د/ جميل الشرقاوى :

النظرية العامة للالتزامات ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ط ١٩٧٤

٦- د/ عبد الحى حجازى :

النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، ط ١٩٥٤ دار نهضة مصر

٧- د/ عبد الرازق يس :

المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ، رسالة دكتوراه، ط ١٩٨٧م.

٨- عبد الرزاق السنهورى :

الوسيط ، المجلد الأول ، ج٧، دار النهضة العربية ، الوسيط ج١ ط٢ دار النهضة العربية .

٩- د/ عبد المنعم البدراوى :

عقد البيع فى القانون المدنى ، ١٩٥٧

١٠- د/ عبد الرشيد مأمون :

المسئولية العقدية عن فعل الغير ، ط ١٩٨٦

١١- د/ عبد الفتاح عبد الباقى :

الوسيط فى التأمينات العينية ، عام ١٩٥٤ .

١٢- د/ عبد الودود يحيي:

نظرية الحق ، ط ١٩٧٠ ، دار النهضة العربية

١٣ - د. فتيحة قره :

أحكام عقد المقاولة ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ .

١٤- فتحى غيث :

قانون المهندس ، ط ١٩٦٠ ، دار المعرفة

١٥- د/ محمد عبد الرحيم عنبر :

عقد المقاولة ، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية ، طبعة ١٩٧٧م .

١٦- د/ محسن شفيق :

مسئولية المنتج ، دراسة فى قانون التجارة الدولية ، محاضرات على الآلة الكاتبة ، القاها على طلبة الدراسات العليا لدبلوم القانون الخاص ، جامعة القاهرة ١٩٧٧/٧٦م.

١٧- د/ محمد جابر الدورى ،

مسئولية المهندس والمقاول فى مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه ، رسالة ماجستير عام ١٩٧٥ طبعة ١٩٨٥ مطبعة أوفست عشتار - بغداد

١٨- د/ محمد شكرى سرور :

مسئولية مهندس ومقاول البناء ، ط ١٩٨٥ دار الفكر العربى ، مسئولية المنتج عن الاضرار التى تسببها منتجاته الخطرة ، ط ١٩٨٣ ، دار الفكر العربى ، القاهرة .

١٩- د/ محمد كامل مرسى ،

شرح القانون المدنى الجديد ، العقود المسماة ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٣.

٢٠- د/ محمد لبيب شنب :

أ - شرح احكام المقاولة طبعة ١٩٦٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

رابعا - المراجع الفرنسية

1. Bernard Boubli : Laresponsabilite et la ssurance de architectes entrepreneurs et autres antruleurs, 1979.

2. Bernard teyssie: Leo groups de contrats.

3. Boubli :" Une banale le chnique de constation de la d'elivrance, 1971.

4. Bricmont (Georges) : La responsabilitè des architectes at entrepreneur en droit belge et en droit Francais 2ed, 1979.

5. Baudry-Lacantinerieet Wahl (A): Traite thèorique et pratique et protique de droit civil, Du contrat de louaque. Tome 11 3eme ed, 1907.

6. Beudant et le Rebours pioconnire, pat Rodiere: "Cours de droit civil Francais I x 11 2sed, 1949.

7. Chartes vilar :" Le cession de contrat en droit Francaise, These notepellier 30 mars, 1908.

8. Costa (Jl.): La responsabilite des contructeurs d'opres lalai du 4 janvier, 1978.

9 . Caston : La responsabilitè des constructeurs, 2ed 1979.

10. Chedeville (Dominique) : La liaison entres contracts" These, 1977

11. Delvaux : Thraite juridique des Batisseurs" 2ed, 1968.

12. Flamme (A) et le poffe (J): Le contrat d'entreprise, Bruxelles, 1966.

13. Hentrie et leon, Jeun Mazeaud: le Lecon de droit civile tone troisieme principaux contrats.

14. J. Francais : Dela disitinction entre L'obligation solidaire et l'obligation in solidum, Paris, 1936.

15. Karla (J.P.): Le responsabilites des constructeurs" ce qu il vous fout savoir" Ency. Delmas pour lavie des affairs 1ère èd J.De/Mas ed 1987.

16. Labin (J. edourard) : La responsabilite des architectes et san assurance. These paris, 1978.

17. Liet-Veaux:" Le droit de lacanstruction 7, edition, 1982.

18. Mazeaud (Henri et leon et Jean): Lecon droit civil. Tome troisieme principaux contracts.

19. Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph): La loi No.78-12du Janvier 1978 relative a la responsabilitè et a l'assurance dans le domiane de la construction, J.C.P. 1978

20. Moderne (F.): La dislinction de la responsabilitè decennale et de la responsabilite contractuelle des contructeurs dans le droit des travaux publics, Gp.1975.

21. Mamonic (Leon): Guide juridique et protique des entre preneures de travaus, privès" Paris, 1899.

22. Marty et p. paynaud: droit civil T1 re ed, 1962.

23. M. Renu : LKa reception des travaux en droit de la construction, Revue Droit et ville.

24. Nerel (jean: Le sous-contract,

25. Neger (R) : Dela granatie dècennale imoseè par la loi aux architectes et entrepreneurs these nontpellier, 1936.

26. Pezous (E.): Des devis et marches, au point de vue du droitcivil, paris, 1880.

27. Peerer, المسئولية العشرية للمهندسين المعماريين والمقاولين ، ط٢، ١٩٦٩

28. Roger saini Alary: Cours de droit de la constraction et de la propriete urbaine, 1971-1973.

29. Roussel (A): et colloborateurs : " Responsabilitè et assurances des constructeurs " Guide prarique et theorique" Paris, 1978.

30. Saint. Mourice (B): La responsabilitè des architectes et entrepreneurs après les travaux " These Grenoble, 1940.

31. Saint-Alary (R) : Droit de la construction ed 1982, 1977.

32. Taffo (R): Le rapports entre le sous troitant, Le maitre de l'ouvrage et l'entrepreneur. Principal dans L'ordre interne Francais et dans les retations internationals " These Paris, 1981.

الفهرست

رقم الإيداع : ٨٨٦٠ / ١٩٩٥ م
الترقيم الدولى : I . S . B . N . : 977 - 04 - 1497 - 2